

VINÍCIUS RODRIGUES AROUCK FERREIRA

**PRESCRIÇÃO PENAL EM PERSPECTIVA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO  
PENAL BRASILEIRO.**

MONOGRAFIA: DIREITO

BRASÍLIA  
2013

VINÍCIUS RODRIGUES AROUCK FERREIRA

**PRESCRIÇÃO PENAL EM PERSPECTIVA E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO  
PENAL BRASILEIRO.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do  
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB,  
como requisito parcial para obtenção de grau de  
bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr.  
Georges Seigneur.

BRASÍLIA  
2013

*“Um caráter digno se constrói com a  
grandeza de seus atos.”*

Vinícius R. A. Ferreira

Aos meus pais Zaroni e Neusa pelo amor Incondicional e incentivo. Ao meu irmão Ygor por sempre acreditar em mim. Aos meus queridos familiares e amigos. Dedico à Pollyanna pela compreensão, companheirismo e amor constantes. Dedico, ainda, aos meus professores, os quais fiz amizade e que acreditaram no meu potencial desde o início do curso, Agradeço, por fim, ao meu orientador Georges Seigneur pelos ensinamentos e por ter me acolhido, desde início deste trabalho, no momento em que mais precisei.

## RESUMO

Trata-se de trabalho sobre o instituto da prescrição penal antecipada ou em perspectiva. Para chegar ao ápice da discussão do tema debatido, buscou-se primeiramente clarear conceitos importantes como o *jus pudiendi* estatal, o Estado como detentor exclusivo do direito de punir e, diante do sistema político social moderno, abordou-se os limites desse Estado à luz Estado democrático de Direito, e para isso foi realizada uma vasta pesquisa em obras clássicas e modernas para, ao final, confrontá-las. Após tratar dos limites estatais e de suas condutas legitimadas para atingir a persecução penal do delinquente, abordamos brevemente sobre o instituto da punibilidade, fundamentos, finalidades e suas formas de exclusão, das quais a prescrição penal está inserida. Em momento posterior, buscou-se afunilar o tema para realizar uma discussão teórica mais robusta acerca do instituto da prescrição penal. Busca-se, com esse trabalho, justamente o aprofundamento no instituto na prescrição penal antecipada, instituto amplamente rejeitado pela jurisprudência pátria, o que inclusive culminou na edição da súmula n. 438 do STJ. Frente às diversas espécies de prescrições penais no ordenamento jurídico, está é, definitivamente, a que gera mais polêmica quanto a sua legalidade e possibilidade de aplicação é a prescrição penal antecipada. Com isso, debateu-se de forma detalhada esta espécie de prescrição criada pela doutrina e jurisprudência que não está prevista na legislação. Percebemos que o estudo nos traz fundamentos bastante convincentes e plausíveis para sua aplicação e que ainda, até hoje, se tem lutado por sua incidência em alguns casos concretos. Buscou-se, ao final da obra, detalhar de forma crítica todos os fundamentos positivos do instituto, retirando-se da doutrina e jurisprudências as justificativas mais plausíveis para que fossem, posteriormente, confrontadas com as justificativas e fundamentos que estão levando os tribunais a inadmitir o instituto da prescrição penal em perspectiva. Então, nessa parte analisaremos os prós e contras de eventual aplicação e o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** prescrição, prescrição retroativa, prescrição penal antecipada, Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. O ESTADO COMO DETENTOR DO DIREITO DE PUNIR.....</b>	<b>10</b>
1.1 FUNDAMENTOS DA PENA.....	12
1.2 CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE.....	15
<b>2. PRESCRIÇÃO.....</b>	<b>17</b>
2.1 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO PENAL.....	18
2.2 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO.....	20
2.2.1 <i>Prescrição antes de transitar em julgado a sentença</i> .....	22
2.2.2 <i>Prescrição depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória</i> .....	24
2.2.3 <i>Prescrição superveniente (Intercorrente ou Subsequente)</i> .....	25
2.2.4 <i>Prescrição penal retroativa</i> .....	26
<b>3. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA OU ANTECIPADA.....</b>	<b>29</b>
3.1 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO PENAL.....	31
3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA.....	34
3.2.1 <i>Prescrição penal antecipada e o interesse de agir</i> .....	34
3.2.2 <i>Prescrição penal antecipada e o constrangimento ilegal causado pelo processo penal</i> .....	38
3.2.3 <i>Prescrição penal antecipada e o princípio da economia processual</i> .....	40
3.2.4 <i>Prescrição penal antecipada e o princípio da razoável duração do processo</i> .....	42
3.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA.....	44
3.3.1 <i>Prescrição penal antecipada e o princípio da legalidade</i> .....	44
3.3.2 <i>Prescrição penal antecipada e o princípio da obrigatoriedade da ação penal</i> .....	51
3.3.3 <i>Prescrição penal antecipada e o princípio do devido processo legal</i> .....	52
3.3.4 <i>Prescrição penal antecipada e os princípios da ampla defesa e do contraditório</i> .....	54
3.3.5 <i>Prescrição penal antecipada e o princípio da presunção de inocência</i> .....	54
3.3.6 <i>Prescrição penal antecipada e a mutatio libelli</i> .....	55
3.4 A RELATIVIZAÇÃO DA SÚMULA 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	57
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>61</b>

## INTRODUÇÃO

O abarrotamento do judiciário bem como sua morosidade para prestar a tutela jurisdicional são uns dos assuntos que mais vêm sendo discutidos no cenário jurídico atual. Tais problemas desencadeiam diversos outros, atingindo direta ou indiretamente os direitos e garantias fundamentais da sociedade.

A grande demanda do judiciário é resultado de uma sociedade que vem tendo cada vez mais conhecimento acerca de seus direitos - a burocratização da máquina estatal, o baixo número no efetivo do judiciário e a superprodução de leis penais que temos tido ultimamente também contribuem para esse quadro. Com isso, faz-se necessário criar mecanismos eficazes para gerar maior eficiência no âmbito do poder judiciário.

No âmbito penal, os danos da morosidade na *persecutio* podem ser ainda mais desastrosos. O estado como detentor do uso da força é o responsável pela perseguição criminal e execução das penas aos infratores.

Diante dos bens jurídicos que estão em jogo se faz ainda mais necessário uma célere investigação e prestação jurisdicional no presente caso, sob pena de violar diversos princípios norteadores de nosso sistema, bem como gerar uma enorme fragilidade nos fundamentos e motivos que justificam a aplicação da pena.

Não é raro, no cenário jurídico atual, presenciar horríveis casos em que cidadãos aguardam seu julgamento por anos, muitas vezes privados de sua liberdade e dignidade e sofrendo, de fato, as consequências penais primárias e secundárias mesmo antes de serem definitivamente julgados.

Diante disso, indaga-se sobre os problemas práticos, psicológicos e sociais que tal morosidade podia gerar, questiona-se se a pessoa que está sendo julgada agora, muitos anos depois de ter realizado uma atitude reprovável no mundo jurídico-social, seria a mesma pessoa inconsequente de anos atrás. Se a pena que estava na iminência de ser imposta

seria mesmo necessária. Afinal, será se esta pena cumpriria mesmo todas suas funções ou seria meramente retributiva.

O problema não é atual e tem perdurado por séculos, razão pela qual autores propõem soluções, muitas vezes drásticas, para atingir a celeridade jurisdicional que consequentemente desencadearia a razoável duração do processo, o que levaria a uma segurança e uma prestação jurisdicional mais efetiva para a toda sociedade.

Não podemos olvidar que a razoável duração do processo é um direito fundamental presente em nossa Carta Magna e sua violação, especialmente na seara penal, é capaz de atingir diversos outros direitos também constitucionalmente consagrados, como a dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, devido processo legal e tantos outros.

Com o fim de dirimir tais problemas cabe ao Estado criar pressupostos, condições de admissibilidade ou ainda mecanismos capazes de evitar a protelação ou tramitação de processos fadados ao insucesso, fazendo com que estes não tomem lugar daqueles com potencialidade de serem eficazes, gerando assim a celeridade esperada, sem contar a grande economia que será gerada aos cofres públicos.

A questão da negligência ou impossibilidade Estatal de prestar ligeiramente a tutela jurisdicional gera não só consequências para quem está sendo acusado, mas também para toda a sociedade. Como veremos mais adiante, o indivíduo que está sendo investigado ou acusado não pode ficar a mercê da justiça por tempo indeterminado - não pode ser alvo, a qualquer tempo, do *jus puniendi* no Estado, aceitar tal fato geraria enorme insegurança jurídica à sociedade. Trata-se de corolário do Estado Democrático de Direito onde o Estado, mesmo que soberano, possui limites frente aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

O decurso do tempo pode gerar a chamada prescrição penal, que é a extinção do direito de punir do estado em virtude do decurso do prazo previamente estabelecido pela lei para o exercício da ação penal ou ainda para promover a execução da sentença. Trata-se, portanto, de verdadeira causa extintiva de punibilidade prevista em nosso ordenamento jurídico. Isso acontece, porque, o Estado entende que depois de certo tempo o interesse social da persecução criminal desaparece retirando, consequentemente, uma condição da ação, que é o interesse de agir.



Tal instituto, embora aparente ser, em primeiro plano, um mecanismo de proteção ao criminoso, trata-se na verdade de uma garantia fundamental do cidadão que visa evitar a insegurança jurídica e abusos por parte do Estado. Afinal, cabe ao estado investigar e fazer com que o delinquente cumpra a pena devida em tempo hábil. Ora, o Estado detentor de toda força e aparato não pode se eximir de realizar seu dever de forma célere e efetiva, pois acabaria por vir a ser deslegitimado pela própria sociedade.

Tanto é verdade que o juiz, ao identificar a prescrição penal, extingue o processo sem resolução do mérito, e ainda, se eventualmente houver a condenação e descobrirem posteriormente que a prescrição tinha já tido se consumado, caberá até mesmo revisão criminal para anular a decisão condenatória. Trata-se de verdadeira norma de ordem pública, capaz de ser suscitada a qualquer momento.

Bem, existem vários tipos de prescrição, e de todas, somente uma não é aceita no ordenamento jurídico Brasileiro, é a chamada prescrição ficta, virtual, em perspectiva, ou antecipada, prescrição esta capaz de antecipar e identificar àqueles processos fadados ao insucesso, evitando o dispendioso e infrutífero tramite processual.

A proposta do presente estudo vai ser justamente a de se conhecer melhor sobre o instituto da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva ou antecipada, do que se trata, seus fundamentos, e como sua aplicação pode ser útil para o cenário jurídico atual.

Em um primeiro momento do trabalho iremos tratar do direito de punir do Estado e abordaremos o instituto da prescrição penal; e em um segundo momento aprofundaremos o estudo na prescrição penal em perspectiva, objeto deste trabalho.

Dedicamos o primeiro capítulo justamente para falar do *jus puniendi* do Estado e à punibilidade respectivamente. No segundo capítulo apresentaremos o conceito do instituto da prescrição penal e abordaremos aspectos importantes acerca de sua natureza jurídica, espécies e fundamentos.

Por último, teremos como foco justamente a prescrição penal antecipada ou em perspectiva, seus diversos conceitos, efeitos, fundamentos, e divergências doutrinárias a respeito do tema.

## 1 O ESTADO COMO DETENTOR DO DIREITO DE PUNIR

Antes de falarmos sobre prescrição, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o *jus puniendi* do Estado, uma vez que a prescrição se trata justamente da perda desse direito que o Estado possui em decorrência do decurso do tempo.

Quando o sujeito pratica um crime surge a relação jurídico-punitiva: de um lado, aparece o Estado com o *jus puniendi*; de outro, o réu, com a obrigação de não obstaculizar o direito de do Estado impor a sanção penal. Com a prática do crime. O direito de punir do Estado, que era abstrato, torna-se concreto, surgindo a punibilidade, que é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção (ANTOLISEI, 1960, p.531).

O *jus puniendi* pode ser entendido tanto no sentido objetivo, quando o Estado, através de seu poder Legislativo, e mediante o sistema de freios e contrapesos, exercido pelo Poder Executivo, cria normas de natureza penal, proibindo ou impondo determinado comportamento sob ameaça de uma sanção, como também em sentido subjetivo, quando esse mesmo Estado, através de seu poder Judiciário, executa suas decisões contra alguém que descumpriu o comando normativo, praticando uma infração penal, vale dizer, um fato típico, ilícito e culpável. (GRECO, 2011, p.19)

Observa-se então que o Estado exerce o direito de punir por meio dos três poderes. O Legislativo atua criando as leis, que cominam sanções; o Judiciário atua na aplicação das reprimendas cominadas pelas normas e finalmente, o Executivo, levando a efeito as penas (*ius executiones*) aplicadas.

Esse raciocínio, embora extremamente importante, de nada valeria se não estivéssemos diante de um verdadeiro Estado de Direito, onde esse *ius puniendi* encontrasse sua fonte de validade. Somente em um Estado de Direito o cidadão encontrará a segurança necessária. O poder estatal não é mais absoluto, e encontra suas limitações principalmente na Constituição, geralmente de Estados Democráticos de Direito, como é o caso do Brasil.

No entanto, nem sempre existiram limitações nas atuações estatais, conforme esclarece Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada P. Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

“Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares; por isso, não só existia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou a si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas.” (GRINOVER, DINAMARCO, CINTRA, p.21)

O Estado, nas sociedades pós-modernas, passou a exercer, com exclusividade, o poder de punir, extinguindo, pois, a chamada vingança pública, o que não impede que o particular articule, em juízo, o seu *ius acusations*, nas ações penais em que a iniciativa é de natureza privada.

O conceito de Estado de Direito é relativamente novo e começou a ser utilizado com o surgimento do chamado Estado Liberal. Em sua concepção inicial e formal o Estado de Direito justificava qualquer tipo de Estado, fosse ele autoritário, despótico ou mesmo democrático. O importante, para ele, era a existência formal de uma lei, que teria por finalidade reger todos os comportamentos da sociedade, bem como os do próprio Estado. (GRECO, 2010, p.21)

Tal fato, como se percebe, por mais que possa parecer um avanço, não inibia o Estado de cometer abusos, isso porque nada os impedia de criar normas que fossem contrárias aos interesses da sociedade, e ainda que o Estado fosse obrigado a cumprir as normas, as normas poderiam permanecer abusivas.

Tal concepção foi modificada com o surgimento, a partir do século XIX, do Estado Liberal de Direito, que, segundo Gustavo Zagrebelsky:

“tinha necessariamente uma conotação substantiva, relativa às funções e fins do Estado. Nesta nova forma de Estado, característica do século XIX, o que se destacava em primeiro plano era a proteção e promoção do

desenvolvimento da vida dos indivíduos e da sociedade'. A sociedade, com suas próprias exigências, e não autoridade do Estado, começava a ser o ponto central para a compreensão do Estado de Direito. E a lei, ao invés de ser expressão da vontade do Estado, capaz de impor-se incondicionalmente em nome de interesses transcendentais próprios, começava a ser concebida como instrumento de garantia dos direitos". (ZAGREBELSKY, p.23)

Portanto, a lei deveria observar os princípios considerados inatos a todo o ser humano, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana. O “novo estado” nasceu com uma finalidade muito clara, vale dizer, evitar e combater o arbítrio e a tirania dos governantes. Deve existir, sobretudo, um meio eficaz e necessário à proteção dos cidadãos, porque o Estado e o Direito devem servir o Homem, e não o contrário, pois tanto o Estado quanto o Direito não são um fim em si mesmos, mas só um meio para atingir um fim (GRECO, p.22; QUEIROZ, p. 42).

Após esta grande evolução, o Estado, agora legitimado, com exclusividade, criar e executar as punições àqueles que realizarem uma infração penal, deve obedecer aos princípios e valores inerentes à condição humana, principalmente no que diz respeito à sua dignidade.

É certo que quando alguém pratica determinada infração penal o Estado sofre, mesmo que indiretamente, com esse tipo de comportamento, devendo, outrossim, punir o infrator para que este não volte a delinquir, bem como para os demais cidadãos não tomem como exemplo e venham também a praticar crimes em virtude da sensação da impunidade que gera quando alguém, mesmo tendo transgredido a lei penal editada formalmente pelo Estado, não sofre qualquer reprimenda (GRECO, p.486).

Observa-se, com isso, que a pena deve, ou pelo menos deveria, ser mais que uma mera retribuição como um dia já foi concebida.

## **1.1 FUNDAMENTOS E FINALIDADES DA PENA**

A pena em si é uma espécie de sanção penal, consiste em uma resposta estatal que visa a privação ou restrição de um bem jurídico do autor de um fato punível (SANCHES, 2012).

A pena fundamenta-se de forma tríplice; possui um fundamento político-estatal que rege que a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficiência diante das infrações, caso contrário, a pena geraria um enfraquecimento do próprio Estado e do ordenamento jurídico. (SANCHES, 2012)

O fundamento psicossocial consiste em satisfazer o anseio de justiça da sociedade, retirando desta a sensação de impunidade muitas vezes gerada pela ineficiência jurisdicional. Aplicando-a, demonstra que o Estado está presente e está punindo, gerando reflexos psicológicos no meio social de que violar a norma não é algo interessante. (SANCHES, 2012)

O terceiro fundamento da pena é o ético-individual, que permite ao próprio delinquente liberar-se, eventualmente, de algum sentimento de culpa. Embora nem sempre aconteça, a aplicação da pena faz com que o indivíduo reflita no ilícito que cometeu, fazendo que agente liberte efetivamente do remorso muitas vezes sentido. (SANCHES, 2012)

Lembremos, por oportuno, que os fundamentos da pena não se confundem com sua finalidade. A respeito das finalidades da pena, várias são as teorias adotadas, vejamos: (GRECO, 2012; SANCHES, 2012; NUCCI, 2011)

A teoria absoluta ou retribucionista consiste em punir alguém pelo simples fato de haver delinquido. No entanto, punir alguém simplesmente como retribuição desvirtua o sentido da pena, desassocia esta de qualquer função política da pena, ela passa a ser uma majestade dissociada de fins (SANCHES, 2011).

Exemplo clássico dessa teoria é a lei de Talião, onde se empregava o famoso jargão “olho por olho, dente por dente”. Esta lei consistia em retribuir o mal causado na mesma proporção. O delinquente deveria sofrer tanto quanto a vítima, se, por exemplo, alguém cortasse o braço de um indivíduo, teria como pena o braço cortado.

Nas palavras de Oswaldo Henrique Duek Marques, *verbis*:

“A justiça na retribuição permanecia representada pela teoria do *quia peccatum est*, segundo qual a pena nada mais é do que um mal necessário para preservar a tranquilidade pública ao reafirmar o Direito. A sanção continuava, assim, inserida do caráter vingativo do castigo aplicado pelo

poder público, em nome da coletividade, contra os que livremente optaram em transgredir as normas penais.” (MARQUES, 2008 p.78)

Mesmo que em primeira vista nos pareçam assustadoras as medidas que eram utilizadas, tal regra criou um dos mais importantes princípios no âmbito do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade. A ideia era que o delinquente sofresse na mesma proporção que a vítima, por tanto, se uma pessoa furasse o olho de outrem, esta não seria condenada à morte, mas sim teria seu olho perfurado. Embora seja verdade que se trata de uma proporcionalidade rudimentar é inquestionável a importância desta teoria para o Direito Penal. (SANCHES, 2012)

Outra teoria existente é a teoria preventiva ou utilitarista da pena. Para esta teoria a pena passa a ter finalidade política, qual seja, passa a ser um meio de combate à ocorrência de crime e reincidência, a pena seria instrumental. (SANCHES, 2012)

Esta teoria sofre duras críticas pelo fato de que ela propõe que a pena perdure enquanto o delinquente não se mostrar apto a voltar ao convívio social sem praticar novas infrações. Com isso, corre-se o risco de se legitimar penas perpétuas, ou pior, penas desproporcionais. (SANCHES, 2012)

A terceira teoria é a chamada teoria mista ou eclética, para essa teoria a pena é retribuição proporcional ao mal culpável do delito, mas também orienta-se à realização de outros fins, em especial, a prevenção. Essa é a teoria que o Brasil adota, podendo ser observada no artigo 59 do Código Penal Brasileiro, vejamos:

“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**,” (grifo nosso)

A doutrina identifica uma subdivisão da teoria da prevenção, a prevenção geral onde a pena teria um fim intimidativo dirigido a todos os destinatários da norma penal, visando impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes. E uma prevenção especial, que visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo (GRECO, 2011).

Vale dizer que Gunther Jakobs e Enrique Bacigalupo são adeptos da teoria da prevenção geral positiva. César Roberto Bitencourt adverte que tal teoria possui duplo aspecto: um fundamentador da noção ético-social do Direito Penal e outro limitador do poder estatal. Segundo André Estefam, que adere à teoria citada, a pena deve cumprir dupla função: inibir comportamentos antissociais e, ao mesmo tempo, moldar comportamentos socialmente aceitos; de modo que sua aplicação gera nos indivíduos o respeito e o temor respeitoso, no momento em que percebem que a violação da norma acarreta a efetiva aplicação da sanção – o que reforça a autoridade do Direito (BITENCOURT; ESTEFAM, 2008).

Salienta-se, por fim, que respeitada doutrina afirma que o Brasil na verdade não teria se pronunciado por qual teoria teria adotado, isso porque entende-se que existe ainda uma terceira finalidade da pena que não foi observada pelas teorias supracitadas, a dita finalidade reeducativa ou ressocializadora da pena, que incide justamente no momento da execução da pena. Afinal, o que se pretende na execução da pena, além da retribuição pelo mal causado, é que este cidadão se reedue, ressocializando-se para que um dia possa voltar à sociedade sem que volte a cometer novos delitos (SANCHES, 2012).

Destarte, vale lembrar que a pena não é um fim em si mesma, mas deve ser um meio que, retribuindo o mal causado, prevenindo novos delitos e reeducando delinquentes, possa, ao final, garantir a ordem pública e manter a paz social (QUEIROZ, 2010).

## **1.2. CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE**

É importante tecer tais considerações acerca da pena, pois o instituto que estudaremos trata justamente de uma causa extintiva da punibilidade, a prescrição.

A extinção da punibilidade consiste no desaparecimento da pretensão punitiva ou executória do Estado, em razão de específicos obstáculos previstos na lei, trata-se, definitivamente, da não imposição de pena ao delinquente (NUCCI, 2005, p.455).

As causas extintivas podem ocorrer antes ou depois do trânsito da sentença condenatória. No primeiro caso, como regra geral, atinge o próprio direito de punir do Estado, não persistindo qualquer efeito do processo ou mesma da sentença condenatória, em

ocorrendo depois do trânsito em julgado da sentença, extingue-se apenas o título executório ou apenas alguns de seus efeitos, como a pena (MIRABETE, 2002, p.383).

Em nosso código penal as causas extintivas de punibilidade estão elencadas no artigo 107 do Código Penal, *in verbis*:

“Art. 107. Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

VII - (revogado)

VIII - (revogado)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

Registra-se, portanto, que o rol apresentado não é taxativo, sendo possível encontrar outras causas extintivas em legislações extravagantes ou até mesmo no próprio Código Penal Brasileiro, a exemplo de seu art. 312 que dispõe que no delito de peculato culposo, a reparação do dano antes da sentença irrecorrível é causa de extinção da punibilidade.

Dentre os diversos tipos de excludente de punibilidade, teremos como enfoque justamente o instituto da prescrição que será o objeto de nosso estudo.



## 2 PRESCRIÇÃO

Alguns penalistas entendem que a prescrição penal se trata da renúncia feita pelo Estado ao seu direito de punir. Assim, Basileu Garcia ensina que a prescrição é “*a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso de tempo*”. No mesmo sentido Bento Faria entende que a prescrição “*representa a renúncia do Estado ao efetivo direito de punir*” (JAWSNICKER, 2004, p.30).

Tais entendimentos se mostram enfraquecidos diante dos próprios atributos da ação penal, afinal, a ação penal que é proposta pelo Estado, ou seja, pública, possui o atributo da obrigatoriedade, não cabendo ao Estado entender pela sua renúncia (GRECO, 2011, p.705).

Eventualmente, o Estado pode renunciar seu direito de punir quando concede, por exemplo, a anistia, a graça e o indulto. Nessas hipóteses, embora podendo levar a efeito seu direito de punir, o Estado dele abre mão, ao contrário do que ocorre com a prescrição, quando mesmo querendo, não pode exercê-lo (GRECO, 2011, p.705).

Todavia, entende-se, majoritariamente, que a prescrição se trata verdadeiramente da perda, pelo decurso do tempo, do direito de o Estado punir (prescrição da pretensão punitiva) ou executar punição já imposta (prescrição da pretensão executória). No mesmo sentido leciona Damásio Evangelista de Jesus, “*a prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou pretensão executória durante certo tempo*” (JESUS, 2003, p. 20).

Rogério Greco conceitua o instituto como:

“instituto jurídico mediante o qual o Estado, por não ter tido a capacidade de fazer valer o seu direito de punir em determinado espaço de tempo previsto pela lei, faz com que ocorre a extinção da punibilidade” (GRECO, 2011, p.705).

Diante de todos os conceitos existentes, podemos notar alguns pontos em comum entre eles. De fato a prescrição se trata de uma inércia Estatal quanto à interposição da ação penal, quando este deixa de fazê-la em um lapso temporal previamente fixado, ou seja, o Estado, como detentor do poder-dever de punir aquele que cometeu algum crime, deve dizer quando essa punição já não mais o interessa. Eis a finalidade, em nosso ordenamento jurídico brasileiro, do art. 109 do Código Penal.

Quanto à natureza jurídica da prescrição, em que pese entendimentos contrários, entende-se que a prescrição se trata de uma causa extintiva de punibilidade de natureza material, conforme ensina José Júlio Lozano Jr., “a prescrição penal tem natureza material, pertencendo aos limites do Direito Penal. Isto porque ela extingue o direito de punir do Estado, surgido com a prática do crime; é dizer, aniquila a punibilidade de maneira direta e imediata”. Na mesma corrente adiciona ainda Damásio que “esse é sistema de nossa legislação, que a inclui entre as causas extintivas da punibilidade, disciplinando-a em várias disposições do CP (art. 107, IV, 1ª figura, e 108 a 118)”. (JAWSNICKER, 2004, p.32).

No entanto, não se pode olvidar que parte da doutrina entende que a prescrição tem natureza mista, pertencendo ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal. Sob o aspecto material (penal), o Estado, diante do decurso do tempo, não tem mais razões para aplicar ao fato o Direito Penal objetivo, extinguindo-se a exigência de punição. Pelo prisma processual, a passagem do tempo faz com que a produção das provas se dilua e surja a possibilidade de sentenças injustas. Por isso, fica impedida a iniciativa da persecução penal. (JESUS, 2011, p.762)

## **2.1 FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO PENAL**

Diversos são os fundamentos trazidos pelos autores para legitimar o instituto da prescrição penal e com isso, várias teorias foram formuladas, entretanto, todas elas buscam o efeito da passagem do tempo sobre a pena, considerada em abstrato ou em concreto (JAWSNICKER, 2004, p.33).

A *teoria da prova* sustenta que, com o decurso do tempo, pode ocorrer a perda da substância da prova, fazendo com que fique muito difícil ou incerta a apuração do fato, podendo gerar irreparáveis injustiças no caso concreto. No entanto, cabe ressaltar que

esse fundamento só encontra respaldo na prescrição da pretensão punitiva, aquela que se opera antes da sentença transitada em julgado, momento em que é imprescindível a apuração probatória, pois após a sentença condenatória irrecorrível, onde se opera a prescrição da pretensão executória, pressupõe-se que a prova já tenha sido produzida e devidamente valorada (JAWSNICKER, 2004, p.31).

*A teoria da expiação moral* consiste na presunção de que o autor do delito, com o decurso do tempo, tenha expiado a sua culpa em face do sofrimento moral decorrente do remorso provocado pelo cometimento do crime. Trata-se de verdadeiro substituto da pena, onde o castigo não é corporal, mas sim psicológico, não havendo mais sentido de se propor uma sanção penal. Segundo René Ariel Dotti “o remorso e as atribulações sofridas pelo delinquente no curso do tempo da prescrição caracterizam um substituto da pena” (DOTTI, 2004, p.680).

*A teoria do esquecimento* aduz que a sociedade, com o decurso do tempo, não mais se lembra dos eventuais crimes ocorridos, inclusive daqueles mais graves. Com o esquecimento social, a pena não teria mais sentido (JAWSNICKER, 2004, p.31).

Pode-se perceber que dentre as teorias adotadas, todas são baseadas nas finalidades ou funções da pena, ou até mesmo em princípios fundamentais do direito tal como a segurança jurídica e dignidade da pessoa humana. Afinal, os cidadãos, presumidamente a parte mais fraca frente ao Estado, não podem ficar a mercê deste por tempo indeterminado, pois os constrangimentos inerentes à própria investigação ou persecução penal são demasiadamente degradantes, capazes de comprometer a própria saúde física e psicológica do acusado ou indiciado.

Todas as teorias basicamente querem dizer que, “o tempo faz desaparecer o interesse social de punir”. Mas ressalta-se, por oportuno, as lições de Zaffaroni e Pierangeli sobre a matéria, “o fundamento da prescrição distingue-se de acordo com o posicionamento que assumir o autor quanto à 'teoria da pena', ou seja, sobre seu conceito de direito penal” (ZAFFARONI;PERANGELI, 2002, p.752).

A prescrição penal é uma garantia fundamental da pessoa contra a eternização do poder punitivo do Estado. Logo, os crimes, ordinariamente, por mais graves

que sejam, prescrevem<sup>1</sup>. Entretanto, excepcionalmente, a Constituição Federal traz duas hipóteses de imprescritibilidade: o racismo (art. 5º, XLII), e os crimes de as ações de grupos armados contra a ordem constitucional e estado democrático (art. 5º, XLIV). (GRECO, 2012)

É importante lembrar que a prescrição é matéria de ordem pública, portanto pode ser reconhecida pelo juiz *ex officio* e a qualquer tempo, desde que no curso do processo, nos moldes do artigo 61 do Código de Processo Penal. Trata-se de prazo penal e para sua contagem deve-se incluir o dia do começo, e excluir o dia do final.

## 2.2 ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO

A legislação pátria prevê duas espécies de prescrições penais, prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória. Primeiramente, cabe tecer algumas considerações sobre o que se trata a pretensão punitiva e pretensão executória. Segundo Damásio de Jesus:

“A pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. Com a prática do delito, o direito de punir do Estado, que era abstrato, transforma-se em concreto, formando-se a relação jurídico-punitiva. Surge um conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do agente. O Estado é, então, titular da pretensão punitiva, adquirindo o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o direito penal objetivo ao fato cometido pelo delinquente. E faz isso por meio da ação penal, em que a acusação é a dedução em juízo da pretensão punitiva, tendo por objeto imediato o julgamento da própria pretensão punitiva, a prestação jurisdicional, e por objeto mediato, a imposição da sanção penal prevista no preceito secundário da norma penal. Pretensão punitiva é, pois, a exigência de subordinação do direito de liberdade do cidadão ao direito de punir concreto do Estado. Assim, praticado o crime e antes de a sentença penal transitar em julgado, o Estado é titular da pretensão punitiva, exigindo do Poder Judiciário a prestação jurisdicional pedida na acusação, que tem duas finalidades: objetiva o julgamento da pretensão punitiva e a imposição da sanção penal. Transitando em julgado a sentença condenatória, o direito de punir concreto transforma-se em *jus punitiois*, convertendo a pretensão punitiva em pretensão executória: exigência de execução da sanção penal concretizada na sentença. O Estado adquire o direito de executar a pena ou medida de segurança imposta na sentença” (JESUS, 2012, p.762-763)

Na prescrição da pretensão punitiva, o Estado, como detentor do direito de punir, perderá o direito de ingressar com a ação penal (antes do recebimento da denúncia) ou

---

<sup>1</sup> Até mesmo a pena de morte, pena mais rigorosa prevista no Direito Brasileiro, prescreve em 30 anos conforme art. 125 do Código Penal Militar.

perderá o direito de vê-la julgada (depois do recebimento da denúncia). E embora em algumas situações, conforme veremos, o Estado chegue até a proferir um decreto condenatório, tal decisão não terá força de título executivo, no caso de a prescrição já ter se configurado (GRECO, 2012, p.706).

A prescrição da pretensão punitiva subdivide-se em prescrição da pretensão punitiva em abstrato, intercorrente e retroativa. A prescrição antecipada, objeto do presente estudo, pode ser vista como espécie de prescrição da pretensão punitiva.

A segunda espécie de prescrição penal é a da pretensão executória, também denominada prescrição da condenação. Essa modalidade acarreta a perda do direito Estatal de executar a pena concretizada na sentença penal condenatória irrecorrível.

A conclusão acerca de qual espécie de prescrição irá se operar gera grandes repercussões tanto na esfera penal quanto na esfera cível. Caso se opere a prescrição da pretensão punitiva, o réu do processo no qual se operou tal prescrição ainda continuará a gozar do status de primário e não poderá ver maculado seus antecedentes criminais, ou seja, será como se nunca tivesse praticado a infração penal, tendo, como consequência, a eliminação de todos os efeitos do crime. Na esfera cível, a vítima não terá como executar o decreto condenatório, quando houver, visto que a prescrição da pretensão punitiva impede a formulação do título executivo judicial (GRECO, 2012, p.706).

Contudo, se a prescrição disser respeito à pretensão executória, o Estado, em razão do decurso do tempo, somente terá perdido o direito de executar sua decisão. O título executório foi devidamente formado com o transito em julgado da sentença penal condenatória, mas não poderá ser executado. O condenado, caso venha a praticar novos delitos, poderá ser considerado reincidente; e caso a condenação anterior não sirva para efeitos da reincidência, como na hipótese do artigo 64, I, do Código de Penal, ainda assim importará em maus antecedentes. A vítima do delito, ao contrário do que acontece na prescrição da pretensão punitiva, terá na sua disposição o título executivo judicial criado pela sentença penal condenatória transitada em julgado, e com esta poderá obter a devida indenização, nos termos do art. 475-N do Código de Processo Civil (GRECO, 2012, p.706-707).

### 2.2.1 PRESCRIÇÃO ANTES DE TRANSITAR EM JULGADO A SENTENÇA

Segundo Zaffaroni e Pierangeli, a prescrição da pretensão punitiva é aquela que se verifica “antes do trânsito em julgado da sentença final condenatória e acarreta a perda, pelo Estado, da pretensão de obter uma decisão acerca do crime que se imputa a alguém” (PIERANGELI;ZAFFARONI, 2002, p.754).

A prescrição ocorrida antes da sentença condenatória será regulada pela pena em abstrato. Essa prescrição se regula pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito. Nosso Código Penal, em seu artigo 109 nos traz os prazos exigidos para operar a prescrição, vejamos:

“Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

- I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
- II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
- III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
- IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
- V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
- VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.

Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.”

Percebe-se que o prazo da prescrição irá variar conforme a gravidade do delito, afinal, como observa Celso Delmanto, “é da própria natureza da prescrição que deve ela ser proporcional ao crime, de maneira que os mais leves prescrevam em menor lapso e os mais graves em maior espaço de tempo” (DELMANTO, 2000, p.201).

Destarte, a aplicação da pena em abstrato justifica-se, pois ainda é incerta a pena que será aplicada pelo juiz na sentença, nesse caso, trabalharemos com a *teoria da pior das hipóteses*, sendo o prazo prescricional resultado da combinação da pena máxima abstratamente prevista no tipo penal e a escala do artigo 109 do Código Penal (SANCHES, 2012).

Importante ressaltar que na definição da pena máxima cominada ao crime devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição quer previstas na Parte Geral quer existentes na Parte Especial do Código Penal, tomando-se como base o aumento máximo e a diminuição mínima, pois se trabalha com a *teoria da pior das hipóteses*, onde deve-se buscar a maior pena possível. Como exceção, não se computam para a definição da pena máxima cominada ao crime as causas de aumento de pena decorrentes do reconhecimento do concurso formal (art. 70, CP) e do crime continuado (art. 71, CP), por força do artigo 119 do Código Penal (JAWSNICKER, 2008, p. 46).

Por outro lado, caso exista circunstâncias agravantes (arts. 60 e 61, do Código Penal) e atenuantes (art. 65, CP) não gera nenhum efeito sobre o cálculo da prescrição abstrata. Frise-se também que, conforme rege o parágrafo único do artigo 109 do Código Penal, aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos às penas privativas de liberdade.

Para exemplificar esta espécie de prescrição suponhamos que alguém tenha praticado um delito de ameaça (art. 147, CP), cuja pena máxima em abstrato é de 06 (seis) meses de detenção. Em razão do disposto no inciso VI do artigo 109 do Código Penal a prescrição pela pena máxima em abstrato ocorrerá em 03 (três) anos.

Logo, se entre a data do fato e a do recebimento da denúncia houver transcorrido tempo superior a 03 (três) anos, ocorrerá a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva considerando a pena máxima que foi cominada em abstrato. Com isso, ainda que haja a representação do ofendido exigida pelo crime de ameaça, o Estado terá perdido seu direito de ingressar com a ação penal e consequentemente, o processo, caso já tenha se instaurado, deverá ser extinto como se nunca tivesse existido.

Para se operar a prescrição penal pela pena em abstrato deverá ter transcorrido o prazo da data do fato até o recebimento da denúncia e, após interrompido o prazo com o recebimento desta (art. 117, CP), contar-se-á a prescrição da data do recebimento da denúncia até a publicação da sentença penal condenatória.

Proferida sentença penal condenatória, a forma de contagem será alterada, pois, ter-se-á, então, uma pena em concreto a ser utilizada como base de cálculo (ROMÃO, 2009, p.65).

### **2.2.2 PRESCRIÇÃO PENAL DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

Como já mencionado, transitada em julgado a sentença penal condenatória será satisfeito o direito do Estado de perseguir a sanção, faltando agora aplicá-la. Com a sentença penal condenatória transitada em julgado, a pretensão punitiva estará concretizada, e a partir desse marco o Estado terá prazo para satisfazer a pretensão executória, devendo, para tanto, observar a tabela do artigo 109 do Código Penal, no entanto, terá agora como parâmetro para saber o prazo da prescrição a pena que foi aplicada em concreto na decisão (ROMÃO, 2009).

O próprio *caput* do artigo 110 do Código Penal determina que a prescrição depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior (art. 109, CP), os quais aumenta-se de um terço, se o condenado é reincidente.

Embora o artigo 110 assevere que o cálculo da pena seja realizado sobre a pena concretizada na sentença, o *caput* deste artigo deverá ser conjugado com o seu §1º, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, que diz que a prescrição, depois da sentença condenatória com o trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Isso porque caso ambas as partes tenham recorrido, ou seja, Ministério Público, por exemplo, e sentenciado, não havendo, ainda, o trânsito em julgado para o Ministério Público, tal sentença ainda poderá sofrer modificações, elevando-se, v.g., a pena aplicada, razão pela qual a contagem do prazo prescricional, nessa hipótese, deverá ser ainda realizada levando-se em consideração a pena máxima cominada à infração penal. (GRECO, 2011, p. 709)



Contudo, caso não tenha havido recurso do Ministério Público, ou depois de ter sido ele improvido ou não conhecido, como a pena aplicada não poderá ser elevada em face do princípio que impede sua reforma para pior (*non reformatio in pejus*), a contagem do prazo prescricional já poderá ser levado a efeito com base na pena concretizada na sentença (GRECO, 2011, p.709).

É importante fazer tal ponderação, pois a doutrina de forma geral considera o artigo 110 do Código Penal como a de prescrição da pretensão executória, no entanto, parte da doutrina, faz a ponderação quanto ao §1º do artigo, já que só se pode falar de prescrição da pretensão executória quando o Estado já tiver formado seu título executivo judicial, o que acontece somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, caso contrário ainda estaremos em busca da pretensão punitiva (GRECO, 2012; JESUS, 2011; SANCHES, 2012).

Ressalta-se que, operada a prescrição da pretensão executória, o Estado não poderá infringir nenhuma pena ao condenado, no entanto, todos os efeitos da sentença penal condenatória serão mantidos.

Por fim, destaca-se ainda a menção feita na parte final do caput do artigo 110 do Código Penal, que diz que os prazos previstos pelo artigo 109 serão aumentados em um terço se o condenado for reincidente.

Depois de vasta discussão sobre onde os referidos prazos seriam aplicados, se eram na prescrição da pretensão executória ou na punitiva, o STJ editou a Súmula nº 220, que diz que a reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva. Portanto, somente no que diz respeito à execução do julgado é que haverá o aumento de um terço para reincidente, não falando em tal aumento quando o cálculo disser respeito à prescrição da pretensão punitiva. (GRECO, 2012, p.703)

### **2.2.3 PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE (INTERCORRENTE OU SUBSEQUENTE)**

Também chamada de prescrição intercorrente ou subsequente, esta espécie está tipificada no parágrafo 1º do artigo 110 do Código Penal. Segundo Celso Delmanto, trata-se de “prescrição subsequente à sentença ou superveniente à condenação”. Esta se assemelha

muito à prescrição penal retroativa, pois também se configurará quando estiver transitada em julgado a sentença penal condenatória para a acusação e, ainda, terá como base para fins de cálculos prescricionais a pena em concreto (DELMANTO, 2000).

Entretanto, diferentemente da prescrição penal retroativa que estudaremos no próximo tópico, nesse tipo de prescrição o cálculo se dará pra frente e não de maneira retroativa, ou seja, o termo inicial será o transito em julgado da sentença penal condenatória para a acusação e poderá se configurar até o julgamento definitivo do recurso interposto pela defesa (sentença irrecorrível).

Segundo Benedetti “A prescrição superveniente parte-se "para frente", para período posterior à sentença condenatória recorrível; já, a prescrição retroativa parte-se "para trás", ou seja, aos períodos anteriores à sentença.” (BENEDETTI, 2009, p. 134)

Vale lembrar, ainda, que para a prescrição superveniente o início da contagem do prazo será do transito em julgado da sentença para acusação no que diz respeito à pena aplicada, de modo que esta não venha mais a ser alterada para pior (já que é expressamente vedado a *reformatio in pejus*), ou seja, caso a acusação venha a recorrer da decisão tendo como objeto do pedido qualquer reforma na decisão que não relacionada à pena como, por exemplo, alteração do regime de cumprimento da pena, a contagem para fins desse tipo de prescrição já se iniciará. (GRECO, 2012)

#### **2.2.4 PRESCRIÇÃO PENAL RETROATIVA**

Esta espécie de prescrição é contada a partir da publicação da decisão até o recebimento da inicial de maneira retroativa, para trás. Trata-se, portanto, de uma subespécie de prescrição da pretensão punitiva.

Antes, tinha-se outra hipótese de prescrição retroativa, que ia do recebimento da inicial até a data do fato, no entanto, essa hipótese foi revogada com o advento da Lei 12.234 de 2010.

A prescrição penal retroativa regula-se pela pena concretamente aplicada na sentença e não mais pela pena abstratamente cominada como acontece na prescrição da pretensão punitiva em abstrato, afinal, quando ainda não se está individualizada a pena do

delinquente trabalharemos com a *teoria da pior das hipóteses*, pois antes da sentença recorrível não se sabe qual vai ser a quantidade da pena que será aplicada pelo magistrado (SANCHES, 2012).

Há de se concordar que a prescrição retroativa será aplicada quando a pena cominada na decisão condenatória não puder mais ser modificada para pior. Portanto, já podemos cogitá-la quando houver trânsito em julgado para a acusação no que se relaciona a pena aplicada, pois a defesa, quando recorre da decisão, ainda que esta seja provisória, não há mais como a pena ser reformada de forma a prejudicar a condição do réu (princípio do *non reformatio in pejus*<sup>2</sup>) (GRECO, 2012; SANCHES 2012).

Assim, suponha-se que o réu esteja sendo acusado por roubo simples (art. 157, *caput* do CP), delito cuja pena privativa de liberdade é de reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos. Antes da sentença, a prescrição pela pena em abstrato é de 16 (dezesseis) anos. Acontece que o juiz, ao sentenciar, fixa pena de 05 (cinco) anos e o Ministério Público não apela para aumentá-la. Dessa forma, considerando que o artigo 617 do Código de Processo Penal veda o aumento da pena em recurso exclusivo da defesa, estabeleceu o legislador, no artigo 110 do Código penal, que mesmo não tendo, ainda, havido o trânsito em julgado da sentença, passar-se-á a ter por base, para fim de prescrição, a pena fixada na decisão condenatória, uma vez que ela não poderá ser mais aumentada. Dessa forma, como a pena foi fixada em 05 (cinco) anos, a prescrição ocorrerá em 12 (doze) anos contados da publicação da decisão condenatória até a data do recebimento da denúncia, de maneira retroativa (art. 109, III, do CP).

No tocante às consequências jurídicas, aplicam-se as mesmas da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, vale lembrar, eventual sentença é rescindida, não tem custas, eventual fiança prestava é restituída e etc.

Atente-se, por oportuno, que aplicar-se-á a prescrição retroativa quando houver trânsito em julgado para a acusação apenas no que se relaciona a pena aplicada. Isso porque a acusação poderá recorrer de outras partes da decisão que não a pena, tal como o

---

2 Sua previsão legal está no art. 617 do Código de Processo Penal que rege “**O tribunal, câmara ou turma atenderá suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.**”

regime de cumprimento de pena que foi imposto ao réu por exemplo. O importante é saber se aquela pena aplicada não poderá ser mais alterada para pior.

### 3 A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM PERSPECTIVA OU ANTECIPADA

A prescrição penal em perspectiva, antecipada, virtual, ficta ou projetada é uma espécie de prescrição de criação doutrinária e jurisprudencial que não está prevista na legislação pátria.

Trata-se de uma previsão feita pelo magistrado, antes da sentença, de modo a antever a pena de eventual condenação final do acusado e, ao projetar a futura condenação, reconhecer desde logo a prescrição penal retroativa, evitando-se, assim, que se prossiga com um processo cuja prescrição é iminente.

Segundo José Júlio Lozano Jr:

“A prescrição antecipada consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denúncia ou da queixa, no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido. (LOZANO JR, 2002, p.181)”

Fernando Capez conceitua como sendo:

“a prescrição reconhecida antecipadamente, em geral ainda na fase extrajudicial, com base na provável pena concreta, que será fixada pelo juiz, no momento futuro da condenação” (CAPEZ, 2007, p.586).

Antes de exemplificar o instituto, é importante frisar que tais conceitos foram dados por estes doutrinadores antes do advento da lei 12.234, de 2010, quando ainda era possível a prescrição retroativa tendo como termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa, entretanto, a citada lei revogou o parágrafo que previa esta possibilidade, restringindo-se a possibilidade da prescrição retroativa tão somente para o curso da ação penal, *in verbis*:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (grifo nosso)

Com efeito, a prescrição antecipada sendo a antecipação da prescrição retroativa pela projeção da pena futura, tem-se que a partir do advento da lei que restringiu a incidência da prescrição retroativa, acabou por restringir também a incidência da prescrição antecipada. Portanto, a prescrição antecipada que antes era aceita mesmo antes do recebimento da denúncia ou da queixa, agora só poderia ser utilizada depois do recebimento da denúncia ou queixa já no curso do processo. Agora, sua incidência tem como lapso temporal o recebimento da denúncia ou da queixa até a sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação no que diz respeito à pena aplicada.

Então, caso a prescrição penal em perspectiva fosse aceita no ordenamento jurídico, só poderia ter sua incidência na fase judicial, no curso do processo, ou seja, parafraseando o conceito de José Júlio Lozano Jr, com as devidas alterações teríamos o conceito atual de prescrição antecipada sendo “o reconhecimento da prescrição retroativa ~~antes mesmo do oferecimento da denúncia ou da queixa~~ (revogado pela lei 12.234/2010), no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido”

Portanto, a prescrição virtual ou em perspectiva nada mais é do que o reconhecimento da prescrição retroativa de maneira antecipada, sempre na fase judicial, com base na pena altamente provável que será fixada pelo juiz.

Existem situações, verificadas a partir das circunstancias objetivas e subjetivas do caso concreto, que é inescapável a ocorrência de futura prescrição retroativa. Se imaginarmos um caso onde um rapaz de 20 anos, primário e de bons antecedentes que pratica um crime de estelionato, cuja pena varia de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão, sendo a denúncia oferecida devidamente em tempo hábil e o processo já está em curso por 03 (três) anos. Em princípio, se tomássemos para efeito de prescrição a pena máxima em abstrato teríamos o prazo de 12 anos previsto no art. 109, III do Código Penal e, em se tratando de agente menor de 21 anos, reduziremos o prazo prescricional pela metade, conforme art. 115<sup>3</sup> do Código Pe-

---

3 O artigo 115 rege que “são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.”

nal, necessitando, ao final, de um prazo de 06 (seis) anos para a configuração da prescrição penal em abstrato.

Este prazo de 06 anos seria o requisitado se tomássemos a pior hipótese de pena possível, o que se mostra impossível dada às circunstâncias subjetivas e objetivas do agente e do caso concreto. A primariedade do agente e seus bons antecedentes vão fazer com que o juiz tenha que aplicar a pena na sentença condenatória no mínimo legal ou, ao menos, bem próximo do mínimo.

Devendo o magistrado aplicar a pena no mínimo legal, ou seja, a pena de 01 (um) ano, a prescrição penal se efetivaria em 2 (dois) anos, haja vista a combinação dos arts. 109, VI c/c art. 115, ambos do Código Penal. Com efeito, neste caso, quando o magistrado proferir o decreto condenatório terá se efetivado a prescrição retroativa, pois da data do recebimento da denúncia até a sentença já se passaram 03 (três) anos, então porque prosseguir com o processo mais 2 (dois) anos, já que a prescrição já poderia ter sido prevista (antecipada) e declarada, evitando-se assim constrangimento desnecessário ao acusado e a inútil movimentação da máquina estatal?

### **3.1 CONTROVÉRSIAS EM TORNO DO INSTITUTO**

O tema é polêmico e o instituto já foi, no passado, mais aceito pela doutrina e jurisprudência. Hoje, com a sedimentação do entendimento nos Tribunais Superiores sobre a impossibilidade de aplicação da prescrição antecipada, muito pouco tem se discutido sobre esse instituto. A respeito do tema, em 13 de maio de 2010, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a súmula n. 438, estabelecendo que “é inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”. Tal súmula, portanto, proíbe a prescrição em perspectiva e reafirma a obrigatoriedade do oferecimento da denúncia caso exista indícios de autoria e materialidade.

Seguindo o mesmo entendimento dos Tribunais, posicionam-se contrariamente ao instituto doutrinadores como: C. R. Bitencourt<sup>4</sup>; Luiz Vicente

Cernicchiaro<sup>5</sup>, ; René Ariel Dotti<sup>6</sup>; Damásio de Jesus<sup>7</sup>; Mirabete<sup>8</sup>; Raul Eugênio Zaffaroni<sup>9</sup>, dentre outros.

Entretanto, existia e ainda existe considerável corrente que defende a aplicação do instituto da prescrição antecipada, podemos citar autores como Rogério Sanches<sup>10</sup>; Edison Aparecido Brandão<sup>11</sup>; Maurício Antonio Lopes<sup>12</sup>, Luiz Sérgio Fernandes de Souza<sup>13</sup>, e Fernando Capez<sup>14</sup>.

Ao lado desta doutrina favorável ainda encontramos alguns julgados de magistrados de 1º grau que, embora de maneira tímida, vem aceitando a tese da possibilidade do reconhecimento da prescrição antecipada, proferindo, de ofício, sentença reconhecendo a prescrição com base na possível pena em concreto que será imitada ao final do processo.

Assim, transcrevo trechos da decisão da Juíza de Direito Lucicleide Pereira Belo da Terceira Vara Criminal de Teresina-PI que reconheceu a prescrição de maneira antecipada:

“(...) Concursando os autos verifico que o recebimento da denuncia foi feito em 06/03/2003.

Portanto, entre o recebimento da denuncia e a presente data transcorreram mais de 6 anos .

Dos autos não consta qualquer decisão suspendendo o prazo prescricional pela aplicação do art. 366 do CPP.

Da análise minuciosa dos autos, vislumbro que pelas circunstâncias legais e judiciais do acusado, e, ainda que surgisse elementos novos no decorrer da instrução, os réus, mesmo que viessem a ser condenado, muito provavelmente receberiam uma pena que *in casu*, seria de até 02 (dois) anos de reclusão (...).

---

5 Vide Prescrição antecipada, RJ: Síntese, 229: 143 e s.

6 Vide A incapacidade criminal da pessoa jurídica, RBCCrim, 25;6

7 Vide Prescrição Penal, p.144

8 Vide Manual de Direito Penal – Parte Geral, v.1, p.417

9 Vide Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral, p.769

10 Vide Curso LFG, aula online, Prescrição Penal, 2012

11 Vide Prescrição em perspectiva, RT, 710:391

12 Vide O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público, RBCCrim, 3:128

13 Vide A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional

14 Vide Manual de Direito Penal – Parte Geral, 2007



Até o presente momento, percebe-se que o magistrado pôs em perspectiva a pena que eventualmente poderia ser aplicada, projetando-a com base nas circunstâncias legais e judiciais do acusado.

“É de rigor o reconhecimento da prescrição.

A prescrição extingue a pretensão à punibilidade do Estado pela fluência do tempo. Se a pena não é imposta ou executada dentro de determinado prazo, cessa o interesse amparado pelo ordenamento jurídico para punição. Passando, dessa maneira, a prevalecer o interesse pelo esquecimento e pela pacificação social.”

Expõem-se, no momento, as teorias que fundamentam o instituto da prescrição como um todo, já estudadas nos capítulos anteriores.

“A prescrição em matéria criminal é de ordem pública, devendo ser decretada de ofício ou a requerimento das partes, em qualquer fase do processo, nos termos do art. 61, *caput*, do CPP.

Segundo o art. 109, V do CPB3, uma pena de até 2 (dois) anos de reclusão prescreve em 4 (quatro) anos, portanto, entre o recebimento da denúncia e a presente data, já teria sido fulminada pela prescrição.

Tenho, pois, que já transcorreu o prazo legal para a pretensão à punibilidade do Estado pela PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA. Esse instituto é uma construção doutrinária e jurisprudencial aceita perante grande parte de nossos Tribunais, que tem como objetivo principal garantir que o réu seja julgado num período razoável de duração.”

No trecho acima, verifica-se a utilização dos princípios da razoável duração do processo e economia processual para justificar a aplicação da prescrição antecipada.

“Assim, para garantir a aplicação da Constituição Federal, fazendo valer as normas constitucionais em detrimento da letra fria da lei, e ainda considerando que o acusado não deve ficar indefinidamente sem sentença condenatória e, muito menos, sem absolvição, é que reconheço, no caso em comento, que o direito de punir do Estado pulverizou-se no tempo, carecendo, assim, de interesse de agir uma vez que está execrada a não produzir nada. Logo, deve a pretensão punitiva ser extinta pela a prescrição virtual ou antecipada, por entender que o prosseguimento da presente demanda não traria qualquer benefício nem à sociedade, nem à acusação e tampouco ao acusado, eis que houve perda superveniente do objeto.

Destarte, entendo que a continuação da movimentação da máquina estatal para o processamento do presente feito traria gastos absolutamente desnecessários para sociedade e contribuiria para um emperramento ainda maior do Judiciário, uma vez que ao fim do processo certamente haveríamos de concluir pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.”

No final da argumentação do magistrado fica evidente a utilização de, por muitos, o principal fundamento da prescrição penal antecipada que é o interesse de agir.

“Ante o exposto e pelo o que mais dos autos consta, DECLARO EXTINTA A PUNIBILIDADE do réu, já qualificado, ante o advento da PRESCRIÇÃO, com fulcro no art. 107, IV c/c o art. 109, V, ambos do Código Penal Brasileiro.”

Portanto, da presente decisão já podemos extrair alguns dos fundamentos utilizados pelos defensores do instituto da prescrição antecipada. Daqui em diante, trataremos dos fundamentos da corrente a favor, seguido dos fundamentos da corrente cuja posição é contrária ao instituto.

### **3.2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA**

É inegável a força dos fundamentos apresentados por àqueles que são a favor da aplicação da prescrição penal de maneira antecipada.

Embora trata-se de corrente minoritária e não aceita pelos Tribunais Superiores, quem advoga a favor invoca como argumento a carência de ação por falta de interesse de agir, pois o processo, afinal, já não teria nenhuma utilidade.

Os defensores do instituto alegam ainda o dispêndio de tempo e o desgaste do prestígio da Justiça Pública, quando se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. E, ainda, em um viés mais funcionalista, valem-se do princípio da instrumentalidade para defender a prescrição penal antecipada. (JAWSNICKER, 2004, p.82).

A seguir, os fundamentos favoráveis a esta espécie de prescrição.

#### **3.2.1 PRESCRIÇÃO PENAL E O INTERESSE DE AGIR**

O interesse de agir, principal fundamento da prescrição antecipada, desdobra-se no trinômio *necessidade e utilidade* do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido, e *adequação* à causa, do procedimento e do provimento, de

forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal. (CAPEZ, 2012, p.158)

Sobre essa condição da ação, Lopes citando Cintra, Grinover e Dinamarco ensina que:

“[...] o interesse de agir assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional seja *necessária, útil e adequada*.” (LOPES, 1993, p.129).

A respeito do trinômio do interesse de agir, a maioria da doutrina entende que a *necessidade* de existência do devido processo legal para haver condenação e consequente submissão de alguém à sanção penal é condição inerente a toda ação penal. Logo, pode-se dizer que é presumido esse aspecto do interesse de agir. Entretanto, quando já tiver extinta a punibilidade do acusado, caso onde já tenha se operado a perda do direito material de punir, pode-se dizer que ocorreu a desnecessidade de utilização das vias processuais, portanto desnecessário será o recebimento da denúncia (NUCCI, 2010, p. 191; CAPEZ, 2012, p. 158).

Quanto ao aspecto do *interesse-utilidade* Guilherme de Souza Nucci afirma:

“*Interesse-utilidade*, significa que a ação penal precisa apresentar-se útil para a realização da pretensão punitiva do Estado. Vislumbrando-se, por exemplo, a concreta ocorrência de causa extintiva da punibilidade, é natural que o processo deixe de interessar ao Estado, que não mais possui pretensão de punir o autor da infração penal.” (NUCCI, 2010, p. 191)

Enfim, a real *utilidade* da ação penal só existirá se houver alguma esperança, ainda que remota, da realização do *jus puniendi* estatal, com a aplicação da sanção penal adequada. Se a punição não é mais possível, a ação passa a ser absolutamente inútil, e isto pode acontecer até mesmo no curso do processo. (TAVORA; ALENCAR, 2012, p. 160)

Ainda quanto ao aspecto *interesse-utilidade* leciona Fernando Capez:

“A utilidade do processo traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do autor. Se, de plano, for possível perceber a inutilidade da persecução penal aos fins que se presta, dir-se-á que inexistente o interesse de agir. É o caso, e.g., de se oferecer denúncia quando, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se eventualmente comprovada a

culpabilidade do réu, já se pode antever a ocorrência da prescrição retroativa. Nesse caso, toda a atividade jurisdicional será inútil; falta, portanto, interesse de agir” (2012, p.104)

Em trabalho específico sobre o tema, Igor Teles Fonseca chancela que

“a prescrição em perspectiva ou antecipada é o reconhecimento da carência da ação (falta de *interesse-utilidade*), por conta da constatação de que eventual pena venha a ser aplicada, numa condenação hipotética, inevitavelmente será abarcada pela prescrição retroativa, tornando inútil a instauração da ação penal, ou, se for o caso, a continuação da ação já iniciada” (2007, p.85)

Ney Fayet Júnior, Marcela Fayet e Karina Brack destacam que:

“Se oferecida a denúncia, nos casos da iminência da prescrição abstrata (ou pela provável prescrição retroativa que se perpetrará em razão do *quantum* da pena a ser imposta ao réu), se sugere que esta seja rejeitada, sendo possível, em caso da ação penal já ter tomado seu curso após o recebimento da denúncia, que a defesa maneje *habeas corpus* para o fim de trancamento da ação penal, em face da falta de interesse de agir. Por óbvio, pelos mesmos motivos, pode o inquérito ser arquivado, bem como não ser oferecida a peça acusatória pelo Ministério Público”.(2007, p.164)

Na oportunidade, cabe novamente fazer uma ressalva quanto a possibilidade de se identificar a prescrição retroativa antes do oferecimento da denúncia.

Essa possibilidade foi fulminada pela nova redação dada ao parágrafo 1º do art. 110 do Código Penal com o advento da lei 12.234/2010, que restringiu a incidência da prescrição retroativa tão somente para a fase judicial, tendo-se como lapso temporal o recebimento da denúncia até a prolação da decisão irrecorrível para a acusação de maneira retroativa, não existindo mais a possibilidade de ter como termo inicial data anterior ao recebimento da denúncia ou da queixa crime (Art. 110, §1º, CP).

Entretanto, nada obsta que o interesse de agir desapareça de maneira superveniente no processo. Infelizmente, é uma realidade brasileira a morosidade da máquina judiciária, e por isso não raro se percebe processos parados por diversos anos sem que seja dada a ele a devida movimentação, o que gera, inevitavelmente, a iminência da prescrição retroativa, fulminando assim o interesse de agir, então porque não antever tal prescrição, reconhecendo a prescrição antecipada justamente por esta carência superveniente da ação, evitando-se assim inútil tramitação de uma ação fadada ao insucesso?

Neste diapasão, levando-se em consideração a ressalva feita sobre o advento da lei n. 12.234/2010 que restringiu a incidência da prescrição retroativa e as regras determinantes do interesse de agir, Maurício Antônio Ribeiro Lopes conclui pelo acerto da decisão que, vislumbrando a probabilidade do reconhecimento da prescrição retroativa em caso de condenação, considera o Ministério Público carecedor de ação, por falta de interesse de agir (JAWSNICKER, 2004, p.87). De fato,

“não se poderia chamar de adequada a providência jurisdicional que impusesse ao condenado uma pena, fosse privativa de liberdade, restritiva de direitos ou pecuniária, e esta não pudesse vir a ser executada, restando como mero símbolo de reprovação judicial sem efetividade e sem corresponder, minimamente que fosse, às expectativas do autor e da sociedade”.(LOPES, 1993, p.136-137)

Também não estaria presente o requisito do *interesse-utilidade* do provimento jurisdicional, “sendo inapta, em termos absolutos, a pretendida tutela jurisdicional a corresponder, no plano ficto e também no real, à correção da lesão verificada no comportamento típico”. (LOPES, 1993, p.137)

Reitera-se que, com o advento da lei n. 12.234/2010, a prescrição retroativa somente poderá se operar caso tenha transcorrido o prazo prescricional, pela pena em concreto, referente ao lapso temporal do recebimento da denúncia ou queixa até a publicação da decisão condenatória transitada em julgada para a acusação, portanto, a prescrição retroativa será uma *causa superveniente extintiva*<sup>15</sup>.

Todavia, isso não inibe que seja reconhecida a prescrição em perspectiva, pois, tratando-se de previsão de possível incidência da prescrição retroativa, podemos afirmar que ao existir ainda a possibilidade desta se configurar, àquela também será possível, pelo menos a legislação penal pátria não obsta a possibilidade<sup>16</sup>.

Isso acontece porque, como já foi abordado, o autor da ação penal poderá perder seu interesse de agir no curso da ação penal, diante da inquestionável possibilidade deste interesse ser fulminado por uma iminente prescrição retroativa.

---

15 Termo utilizado por Rubens de Paula em: **Da Prescrição Antecipada**, site [www.mp.mt.gov.br](http://www.mp.mt.gov.br).

16 Vale lembrar que apesar da legislação penal brasileira não ter proibido a possibilidade, foi aprovada no Superior Tribunal de Justiça a súmula n. 438 que veda expressamente esta possibilidade.

Segundo Francisco Afonso Jawsnicker:

“O Estado, ao promover a *persecutio criminis*, tem por interesse material a imposição de uma pena ao autor da infração penal. A possibilidade de imposição dessa pena deve estar presente durante todo o processo penal. Caso contrário, desaparece o interesse processual”. (JAWSNICKER, 2004, p.91)

Com efeito, como as condições da ação é matéria de ordem pública, a ausência de uma delas como, por exemplo, o interesse de agir, poderá fazer com que o juiz decrete a carência de ação de ofício e a qualquer tempo. Então, porque não fazer o mesmo com processos fadados ao insucesso decretando-se, para isso, a prescrição antecipada?

Nesse sentido, as lições de Nelson Nery Júnior, ensinando que as condições da ação:

“devem vir preenchidas quando do ajuizamento da ação e devem subsistir até o momento da prolação da sentença. Presentes quando da propositura mas, eventualmente ausentes no momento da prolação da sentença, é vedado ao juiz pronunciar-se sobre o mérito, já que o autor não tem mais direito de ver a lide decidida (...)”. (NERY JÚNIOR, 2010)

Assim, a verificação, no curso da ação penal, da probabilidade do reconhecimento da prescrição retroativa em face da pena a ser concretizada na futura sentença, acarreta, de acordo com Rubens de Paula:

“superveniente carência da ação penal, decorrente do desaparecimento do interesse de agir do Estado, tornando viável, por expressa disposição constante do art. 3º do Código de Processo Penal, a aplicação analógica do art. 267, VI, do CPC, possibilitando, assim, a extinção do processo sem julgamento do mérito” (PAULA cit. por JAWSNICKER 2004, p.92).

Diante o exposto, pode-se dizer que, em última análise, a prescrição penal antecipada é a ausência do interesse de agir, e hoje, com as alterações legislativas a respeito da prescrição penal retroativa, pode-se dizer sua incidência restringe-se tão somente à eventualidade de ausência do interesse de agir de maneira superveniente, já no curso da ação penal.

### **3.2.2 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O CONSTRANGIMENTO ILEGAL CAUSADO PELO PROCESSO PENAL**

Todo e qualquer processo ou investigação penal, por si só, já é capaz de gerar um constrangimento à pessoa que está sendo processada ou investigada. Não é por menos que existem mecanismos a fim de se evitar ao máximo que alguém seja processado ou investigado injustamente, sendo necessário que haja justa causa para tanto, ou seja, indícios de materialidade e de autoria do delito, a *fumus comissi delicti*.

Todavia, uma vez que inexitem direitos absolutos, ao violar uma norma penal o agente do fato delituoso ficará sujeito à persecução criminal do Estado que buscará a condenação do acusado, respeitando-se, obviamente, seus direitos constitucionalmente garantidos. A fim de gerar o inevitável constrangimento natural do processo penal.

É indiscutível, portanto, que o processo deverá ser útil, com possível concretização de sua finalidade, que é a de alcançar eventual condenação daquele que transgrediu a norma legal. Por outro lado, caso o processo não siga tais diretrizes, este não passará de um injusto constrangimento ao acusado.

Edison Aparecido Brandão defende que “é evidente o constrangimento a que está sujeito o réu, que aguardará por longos meses seu julgamento para que, mesmo e condenado for, somente então possa ter a prescrição reconhecida”. (BRANDÃO, RT 710, p.392)

Antonio Scarance Fernandes ensina que

“submeter alguém aos dissabores de um processo penal, tendo a certeza que será inútil, constitui constrangimento ilegal, uma vez que a mesma injúria, decorrente da acusação posta sem que seja possível antever a condenação do réu, existe quando não há possibilidade de cumprimento da sentença condenatória por que será alcançada pela prescrição”. (FERNANDES, p.42)

Diante o exposto, nota-se que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa gera inúmeras vantagens àquele que está sendo acusado, primeiro porque o isentará dos incômodos causados pelo processo; segundo, porque se houvesse sentença condenatória recorrível, com prescrição retroativa, nenhum efeito negativo poderia ser reconhecido, afinal, trata-se de prescrição da pretensão punitiva. No fim, será como se o processo nunca tivesse existido. (AZEVEDO, 2000)

Percebe-se, ainda, a íntima relação entre este argumento e o da carência da ação por falta de interesse de agir. Uma situação leva a outra. Vislumbrada a inutilidade do processo penal, em virtude do provável e iminente reconhecimento da prescrição retroativa, segue-se a falta de interesse de agir que, uma vez verificada, segue-se que o processo gera constrangimento ilegal, por falta de justa causa. (JAWSNICKER, 2004, p.96)

### **3.2.3 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL**

Antes de adentrar na matéria é importante tecer algumas diferenças entre o princípio da razoável duração do processo e o princípio da economia processual.

Embora muitas vezes intimamente ligados, o princípio da razoável duração do processo e o princípio da economia processual não são a mesma coisa. A economia processual pode ser explicada como a tentativa de poupar qualquer desperdício, na condução do processo bem como nos atos processuais, de trabalho, tempo e demais despesas, que possam travar o curso do processo. Já o princípio da celeridade processual consiste em uma rápida solução do litígio, devendo o Estado prestar uma solução rápida e eficiente às partes ou à sociedade.

O princípio da economia processual consiste em buscar a maior efetividade da forma menos dispendiosa possível na prestação jurisdicional. Vale lembrar que a lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) trouxe de forma expressa tal princípio em seu artigo 62, porém, tal instituto não se restringe somente aos Juizados.

No próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 130 temos em seu bojo uma autorização ao juiz para indeferir provas inúteis justamente almejando a aplicação de tal princípio.

“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

No artigo o juiz pode indeferir, por exemplo, que seja realizada uma perícia inútil, fazendo com que assim evite gastos ao Estado ou às partes.



No processo penal, pode-se identificar o princípio nos artigos 355, §1º e no 567, todos do Código de Processo Penal, quando o juiz autoriza o Ministério Público a proceder com o aditamento da denúncia nos moldes do artigo 384 do Código de Processo Penal.

Destarte, tal princípio visa evitar gastos desarrazoados e inúteis para o Estado. Afinal são, na maioria das vezes, os cofres públicos que sofrem com isso, e é a população a indiretamente atingida.

O princípio da economia processual pode ser entendido como uma vertente do princípio da eficiência, nas palavras de Alexandre Morais, *in verbis*:

“o princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, **de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social**” (grifo nosso).

Cabe ressaltar que a economia processual é analisada sob quatro aspectos, economia de tempo, economia de custos, economia de atos e eficiência da administração pública.

No processo, o princípio da economia processual traz benefícios a sociedade como um todo. O Estado, ao procurar desenvolver todos seus atos processuais no menor tempo possível, poupando seu próprio tempo e recursos, poder-se-ia fazer uma melhor aplicação destes em outros ramos deficitários como saúde, educação e etc.

Enfim, o Estado no trâmite do processo, deve observar a economia em todo e qualquer ato, evitando que se gaste mais do que precise, sem que isso venha a prejudicar a qualidade de seu manejo para que não aconteçam injustiças.

Os defensores da prescrição antecipada encontram respaldo indiscutível no princípio acima discutido, vez que o que se indaga é a razão de se movimentar inutilmente a máquina estatal em seu âmbito judicial. É, de fato, se opor a um processo que, de antemão, sabe-se que após a prolação de uma decisão condenatória, será impossível a imposição da sanção penal, diante da ocorrência da prescrição (LOPES, 1996, p.524).

A prescrição antecipada almeja fazer valer o dito princípio, nas lições de Fernando Capez:

“A prescrição antecipada fundamenta-se no princípio da economia processual, uma vez que de nada adianta movimentar inutilmente a máquina jurisdicional com processos que já nascem fadados ao insucesso, nos quais, após condenar o réu, reconhece-se que o Estado não tinha mais o direito de puni-lo, devido à prescrição”. (2007, p.587).

O princípio da economia processual sustenta que, no caso concreto, quando existentes duas ou mais alternativas possíveis para aplicação, deve-se escolher àquela que menos seja dispendiosa para o Estado e às partes. Busca-se com a efetivação desse princípio é o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo possível de despesas e atividades processuais, sem, obviamente, comprometer a eficiência da atuação do poder jurisdicional ou causar prejuízos às partes. Corroborando esse entendimento Antonio Lopes Baltazar ensina que a prescrição antecipada “outra coisa não é senão uma economia processual extraordinária, que beneficia o réu e o Estado”. (BALTAZAR, 2003)

Nota-se, que com a situação do cenário jurídico atual, com escassez de recursos, incapacitados de prover uma célere e efetiva prestação jurisdicional, tem-se tornado cada vez mais comum sentenças que apenas concretizam as penas que serão fulminadas posteriormente pelo instituto da prescrição. Ainda, observam-se os mesmos problemas na fase pré-processual ou investigativa quando da elaboração dos inquéritos policiais pelas polícias judiciárias.

Essa é a intenção do instituto da prescrição antecipada, ao antecipar a extinção do processo que já nasceu morto, fadado ao insucesso, tem-se a verdadeira economia de ato, tempo e gastos, gerando, contundo, eficiência.

### **3.2.4 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**

A justiça como tal, não pode ser tardia. A emenda à Constituição de n.º 45, de 30 de dezembro de 2004, dispôs que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII, CF/1988). (TAVORA, 2012, p. 73)

A disposição sofreu influência da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José de Costa Rica da qual a República Federativa do Brasil é signatária que prevê em seu art. 8, I:

“Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”<sup>17</sup>

Segundo Fredie Didier Jr. “processo devido é, pois, processo com duração razoável”, e é por isso que tanto o legislador quanto os aplicadores do direito devem utilizar-se de mecanismos que garantam um processo com duração razoável e eficaz. (DIDIER, 2011, p. 64.)

É cediço que a duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais. (MENDES, 2009, p.545)

No âmbito da justiça penal, onde sua atuação está intimamente ligada aos bens jurídicos mais importantes da sociedade (vida, liberdade, patrimônio), um processo com duração razoável torna-se ainda mais necessário.

Viola nitidamente a dignidade da pessoa humana processos penais cujo trâmite ultrapassam anos sem que seja prolatada uma decisão. Notadamente, é possível considerar que as pessoas que aguardam a sentença já não são mais as mesmas que cometeram àqueles crimes anteriormente, muitas delas já possuem família, emprego e nunca mais cometera nenhum delito na vida.

---

17 Também assim, o Tratado de Roma: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida.” (art. 6º, 1, Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 04 de novembro de 1950).

Nestes casos, pode-se perceber que o direito penal não cumprirá mais todas as suas funções e se restringirá tão somente em retribuir o mal causado, haja vista o indivíduo já estar ressocializado, devidamente reinserido na sociedade.

A prescrição penal antecipada pode ser tratada como um instituto, não contrário ao direito, com fundamento e amparo constitucional, que tem como um dos seus objetivos garantir a razoável duração do processo à luz da dignidade da pessoa humana.

### **3.3 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA**

Não obstante os fortes argumentos trazidos nos tópicos anteriores, a maior parte da doutrina entende pela impossibilidade de aplicação da prescrição penal antecipada, trata-se de entendimento que ficou sedimentado em nossos tribunais superiores dando origem à súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça.

Porquanto seja entendimento ainda predominante na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal já está pendendo no sentido da relativização da aplicação do instituto, conforme verificaremos em momento oportuno no capítulo 6.

A seguir os argumentos contrários à Prescrição Penal Antecipada.

#### **3.3.1 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Um dos mais fortes fundamentos trazidos por aqueles que são contrários ao instituto da prescrição penal antecipada é que ela iria de encontro ao princípio basilar do direito penal, o princípio da legalidade.

Com o objetivo de assegurar maior segurança jurídica à população, tal princípio, pelo menos em uma amplitude mais genérica e constitucional, ensina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Trata-se da redação trazida no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

Um dos fundamentos daqueles que advogam contra a prescrição penal antecipada frente ao princípio da legalidade é o próprio texto legal trazido pelo artigo que trata da prescrição retroativa, pois se fosse a vontade do legislador uma possível aplicação de causa extintiva da punibilidade utilizando-se da perspectiva de uma futura pena em concreto este não seria expresso em dizer, no artigo 110, §1º do Código Penal, que só após uma sentença condenatória é que se pode cogitar em falar da prescrição pela pena aplicada em concreto.<sup>18</sup>(JAWSNICKER, 2004, p.102)

Por oportuno, é importante frisar que, antes da incidência da súmula 438 do STJ, o fundamento supracitado já ganhava corpo na jurisprudência brasileira para impedir o reconhecimento antecipado da prescrição, orientando-se em um sentido estritamente legalista, vejamos:

“Habeas corpus. Pretendido trancamento da ação penal, pela extinção da punibilidade, decorrente da prescrição da pretensão punitiva, segundo a pena a ser ainda concretizada em futura sentença. Inadmissibilidade. Writ indeferido. Antes da sentença a pena é abstratamente cominada e o prazo prescricional se calcula pelo máximo, não podendo ser concretizada por simples presunção.” (STF – 1ª Turma – RHC 66.913/DF – Rel. Min. Sydney Sanches – Acórdão de 25.10.1988 – RT 639/389) (JAWSNICKER, 2004)

Percebe-se que o julgador é incisivo quando diz que antes da sentença a pena é abstratamente cominada e o prazo prescricional se calcula pelo máximo da pena em abstrato, o que confirma sua posição legalista, vejamos outro julgado:

“Delira da lógica e da legislação de regência pretender-se obter declaração de extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, ponderada em face da pena concretizada se a ação penal a que foi submetido o paciente ainda pende de julgamento em primeira instância.” (STJ – 6ª Turma – RHC 2.032-9/SP – Rel. Min. Anselmo Santiago – Acórdão de 09.03.1993 – RT 703/349). (JAWSNICKER, 2004)

Além dos julgados, Maurício Antônio Ribeiro Lopes transcreve em sua obra<sup>19</sup> parecer de Félix Fischer, que na época era Procurador de Justiça, sobre a prescrição penal antecipada apoiando-se na Filosofia do Direito e Segurança Jurídica para a sustentação de sua tese legalista:

---

18 **Breve análise sobre a prescrição antecipada** (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no Processo Penal), site [www.direitopenal.adv.br](http://www.direitopenal.adv.br).

19 Reconhecimento antecipado da prescrição da pretensão punitiva. RT 724, p.530-531.

“Nem excessivo e histérico formalismo, nem pragmatismo *contra legem*! Os procedimentos estabelecidos em lei devem ser observados. Com a devida vênia, não compete ao Poder Judiciário, que tem razoável margem de discricionariedade na interpretação e aplicação das normas (mormente na hipótese de interpretação histórico-evolutiva), suprimir textos legais por amor à prática. Se as leis, o próprio Direito, não podem obviamente, por si, dar segurança ao mundo das relações sociais, o que se dirá da adoção *contra legem*, sem referencial fático e jurídico, de pragmatismo imprevisível por parte de quem deve aplicar as normas jurídicas (de lembrar, sempre, aqui, a ensinança do jusfilósofo paranaense Luiz Fernando Coelho, em introdução à Crítica do Direito, p.119, a saber: “já os valores jurídicos têm por juiz a coletividade, através de seus representantes, na organização política do mundo civilizado, esta representação configura um poder, o poder judiciário, a quem a coletividade delega a decisão sobre os atos da conduta social, na forma estabelecida pela ordem jurídica”). As decisões ditas *contra legem*, quando necessárias, devem ser colocados, de forma indiscutível, em valores ou princípios superiores que não deixam de integrar uma concepção do Direito. O subjetivismo, inalcançável *sub specie universalis*, torna difícil distinguir entre pragmatismo válido e anarquismo. Exterioriza, isto sim, tal subjetivismo, impregnado de incerteza denotativa, uma ultrapassada sacralização da – de per si menos relevante atividade judicante (criticamente Soveral Martins in Processo e Direito Processual, v.2, 1986, Coimbra). Não descartamos, com isto, a postura crítica, mormente em país, como o nosso, onde a injustiça social e o desinteresse de grande parte das classes dominantes são uma constante (sobre os diversos posicionamentos críticos, ideológica e filosoficamente fundados, comparativamente Luiz Fernando Coelho in Teoria Crítica do Direito; A . Carlos Wolkmer in Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico; Roberval Lyra Filho in O que é Direito; Michael Miaille in Uma Introdução Crítica ao Direito e in *Les Figures de la mordenité dans la science juridique universitaire*, na obra coletiva *Por une Critique du Droit*; Ralph Miliband in O Estado na Sociedade Capitalista; Otfried Hoffe in Justiça Política). Mas cabe diferenciar entre a concepção divinizante, alheia a qualquer parâmetro jurídico ou axiológico, sob o manto do argumento prático ou axiológico (roupagem nova das ideias vetustas de Ehrlich, Kantorowics e outros) e o posicionamento motivado, do combate ao formalismo exagerado (este nada objetivo e irreal) e às ideias retrógradas, acríicas, acerca do Direito.” (LOPES, p.531-532)

Apesar do ilustre parecer dado, tem-se que os ensinamentos basearam-se em um viés argumentativo demasiadamente filosófico. Como já dito anteriormente, a Constituição traz o princípio da legalidade como uma proteção dada aos cidadãos frente ao poder do Estado, o que está intimamente ligado com a situação de Estado de Direito em que vivemos atualmente.

Para entendermos melhor o princípio temos que analisar os fundamentos que levaram à sua criação, para Paulo Bonavides:

“O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas e nem reconhecidas”. (BONAVIDES, 1994, p. 112)

Dispense das lições de Paulo Bonavides que o princípio da legalidade foi criado, principalmente, para proteger a sociedade frente às arbitrariedades do Estado, trazendo segurança jurídica, confiança e certeza frente às ações dos titulares do poder.

No âmbito do Direito Penal o princípio da legalidade reveste-se de um caráter mais garantista a fim de se evitar abusos do Estado, titular do *jus puniendi*. São precisas as lições de Ricardo M. Mata y Martín quando sustentam que o princípio da legalidade e suas consequências formam parte indissolúvel da cultura jurídico-penal ocidental, apesar de todas as crises e dificuldades, e que a manutenção do princípio da legalidade representa, por sua história e sua função, uma luta pelo Direito e pela liberdade do cidadão. (MATA Y MARTÍN, 2006, p.349-350; GRECO, 2011, p. 56)

O princípio da legalidade em matéria Penal está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal atribuindo formulação latina do princípio da reserva legal – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Segundo Rogério Greco, o princípio da legalidade em matéria penal possui quatro funções fundamentais: a) proibir retroatividade da lei penal; b) proibir a criação de crimes e de penas pelos costumes; c) proibir o emprego da analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; d) proibir incriminações vagas e indeterminadas. (GRECO, 2011, p. 58)

Com isso, pode-se perceber que o princípio da legalidade é inteiramente favorável ao acusado no que diz respeito a amplitude interpretativa da norma penal. A intenção do constituinte com esse princípio é, e sempre foi, proteger o cidadão frente às arbitrariedades estatais e não agravar ainda mais sua situação prolongando seu ilegal constrangimento acarretado por um processo cujo fim é a iminente absolvição.

Não há nada expressamente previsto que obste a interpretação ou analogia *in bonam partem* a ser aplicada ao acusado, o que se proíbe, na verdade, é a interpretação, analogia ou emprego de costumes que venham a agravar a situação do acusado.

Por consequente, o legislador não se preocupou em vedar expressamente eventual aplicação de prescrição penal antecipada, aplicação esta que ficou a cargo do poder judiciário, que editou súmula 438 que não possui qualquer força normativa.

Ademais, ao contrário do que traz o ex-procurador de justiça, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Felix Fischer em seu antigo parecer contra a aplicação da prescrição penal antecipada, a saber “as decisões ditas contra legem, quando necessárias, devem ser colocados, de forma indiscutível, em valores ou princípios superiores que não deixam de integrar uma concepção do Direito”, tem-se que inexistem princípios superiores uns aos outros de maneira abstrata, eles se encontram na mesma dimensão de peso, podendo um preponderar sobre o outro conforme cada caso concreto, afinal, nenhum direito fundamental ou princípio é absoluto. (ALEXY, 2008)

Por conta disso, autores como Ricardo Pieri Nunes e Renee de Ó Souza, entendem pela possibilidade de aplicação da prescrição penal antecipada frente ao princípio constitucional da razoabilidade.

Segundo Ricardo Pieri Nunes:

“Dentro do atual contexto da evolução da ciência jurídica, identifica-se um nítido esgotamento do clássico modelo positivista, com o início de uma fase onde desponta a normatização de postulados. Nesta incipiente era, os operadores do Direito extraem princípios do ordenamento jurídico enquanto todo harmônico, imputando-lhes densidade normativa, a fim de aplicá-los no deslinde de questões desprovidas de uma solução justa diante da legislação em vigor”

Portanto, uma vez analisado o ordenamento jurídico enquanto um todo harmônico e, ainda, interpretar a própria Constituição Federal de maneira sistemática não é descabido falar da aplicação do princípio da razoabilidade, razoável duração do processo, economia processual para legitimar a aplicação antecipada da prescrição da pretensão punitiva. A respeito do princípio da razoabilidade Ricardo Pieri invoca ainda as lições de Luís Roberto Barroso, para quem: “é razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso



comum; aos valores vigentes em dado momento ou lugar”. Ainda segundo Nunes citando Luis Roberto Barroso, três requisitos indicam a conformidade de um ato com o princípio da razoabilidade:

“a) a existência de uma relação proporcional e racional entre seus motivos, meios e fins: b) **se o ato está sendo praticado da forma menos onerosa possível para o cidadão** e c) **a ponderação entre os danos causados pela medida e os resultados a serem obtidos**” (grifo nosso) (NUNES, 2002, p. 09-11)

Como já cabalmente defendido nos argumentos favoráveis ao reconhecimento antecipado da prescrição retroativa, o processo que será seguido será totalmente inútil, uma vez que estará na iminência de sua extinção por causa extintiva de punibilidade. A sua protelação violaria de plano, dois dos três requisitos que indicam a conformidade do ato do reconhecimento antecipado da prescrição com o princípio constitucional da razoabilidade.

A continuação do trâmite de um processo fadado ao insucesso traria uma onerosidade desnecessária e excessiva ao cidadão que está sendo acusado e, ainda, os transtornos psicológicos e sociais causados por este processo não justificam o futuro resultado que está para ser obtido, qual seja a absolvição do acusado.

Também contrário à tese do princípio da legalidade frente à prescrição antecipada temos Renee de Ó Souza que, admitindo a lacuna legislativa, afirma que não é a falta de previsão legal expressa que vai afastar a constatação e existência da prescrição antecipada. Segundo o autor, esse entendimento decorre de uma certa confusão ou desconhecimento acerca do fundamento da prescrição antecipada, que é a falta de interesse de agir ou da justa causa. (SOUZA; JAWSNICKER, 2004, p. 106)

Quanto aos ensinamentos abominando decisões *contra legem* ou sem qualquer previsão legal, devemos analisá-los com bastante parcimônia. Não raro vemos decisões recentes dos tribunais confrontando expressos ensinamentos legais ou para se buscar a razoabilidade da medida ou, ainda, por mera política criminal.

Um exemplo, atualmente corriqueiro nos tribunais superiores, é o caso dos roubos/furtos coletivos de vítimas por agentes que, através de mais de uma ação, pratica diversos roubos/furtos dolosos geralmente dentro de ônibus ou metrô.

Se fossemos aplicar a literalidade da lei contra um infrator que atua nessas circunstâncias deveríamos aplicar o concurso material de crime, somando as penas de cada crime realizado de maneira cumulativa, afinal, é o que rege o artigo 69 do Código Penal, vejamos:

**“Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdades em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela.”** (grifo nosso)

Entretanto, o entendimento que atualmente está sendo dado para este tipo de diversidade de condutas a fim de subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel (furto) ainda que mediante violência ou grave ameaça (roubo) é a de concurso formal de crimes com o critério da exasperação, afrontando totalmente o que está expresso nos artigos 69 e 70 do Código Penal.

O artigo 70 do Código Penal traz que:

**“quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante disposto no artigo anterior.”** (grifo nosso)

Ainda que entendêssemos que se trata tão somente uma ação atingindo diversos bens jurídicos distintos, ou seja, uma ação ou omissão cometendo uma pluralidade de crimes, poderíamos levar em consideração o concurso formal, mas jamais com critério de exasperação (crime formal próprio) utilizando-se do critério da cumulação das penas (crime formal impróprio) uma vez que existe dolo em todos os crimes praticados.

Com isso torna evidente a decisão totalmente *contra legem* a fim de se aplicar uma pena mais proporcional e razoável ao acusado, uma vez que se fossemos levar em consideração, de maneira cabal, o que está escrito na lei não rara seria as vezes que um agente que assaltasse diversas pessoas em um ônibus receberia condenações acima de 50 anos de prisão. Eis o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Praticado o crime de roubo mediante uma só ação contra vítimas distintas, no mesmo contexto fático, resta configurado o **concurso formal**

**próprio**, e não a hipótese de crime único, visto que violados patrimônios distintos. [...] (HC 197.684/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/06/2012) (grifo nosso)<sup>2021</sup>

Portanto, o princípio da legalidade, como visto, não pode, a todo custo, preponderar sobre os demais princípios existentes no ordenamento jurídico, sob pena de se ter decisões absolutamente desnecessárias ou descabidas, o que viria a quebrar a proporcionabilidade e razoabilidade que se espera das destas decisões judiciais.

Ainda contra o argumento de que a prescrição penal antecipada viola o princípio da legalidade, Francisco Afonso Jawsnicker observa que “pode-se invocar ainda o histórico da prescrição retroativa, criação jurisprudencial que acabou sendo acolhida pela lei”.

Jawsnicker citando José Júlio Lozano Jr. Informa que:

“não obstante a autoridade de seus interlocutores, a prescrição retroativa não encontrou eco no STF durante vários anos até que, em meados de 1960, com a alteração no quadro de Ministros, a tese favorável à referida modalidade prescricional passou a ser vencedora, culminando com a edição da Súmula 146, de 16.12.1963, in verbis: “A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação”. Esse entendimento jurisprudencial acabou sendo adotado pelo legislador da Nova Parte Geral do Código Penal, de 1984.” (2004, p. 107)

Portanto, argumento que a prescrição penal antecipada não poderia vingar em razão do princípio da legalidade é incoerente com a valoração sistemática dos princípios do ordenamento jurídico brasileiro, com o cenário jurídico atual e seus precedentes e, ainda, com a história de criação das leis.

### 3.3.2 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Antes da edição da súmula 438 do STJ, em épocas em que ainda estava acirrada a discussão acerca da possibilidade da aplicação da prescrição penal antecipada, um dos argumentos utilizados por àqueles que eram contra o instituto era o princípio da obrigatoriedade da ação penal quando pública.

20 No mesmo sentido a Quinta Turma do STJ: “Ocorre concurso formal quando o agente, mediante uma só ação, pratica crimes de roubo contra vítimas diferentes, ainda que da mesma família, eis que caracterizada a violação a patrimônios distintos. Precedentes. [...]”. (HC 207.543/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/04/2012)

21 Outro exemplo de decisão *contra legem* trazido pela doutrina é o disposto na súmula n. 610 do STF que rege: “há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realiza o agente a subtração de bens da vítima” dispositivo este que violaria a inteligência do artigo 14 do Código Penal Brasileiro.

Sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal Nestor Távora ensina que:

“estando presentes os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal, ofertando a denúncia para que o processo seja iniciado. Não cabe ao Ministério Público juízo de conveniência ou oportunidade. Não por acaso, o art. 24 do CPP informa que “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público” (TAVORA, 2012, p.167)

Portanto, entendia-se que o Ministério Público não poderia requerer o arquivamento do processo antes de intentada a ação penal e nem o juiz analisar a possibilidade ou não de instauração sob pena de ferir o princípio supracitado. O argumento de Antônio Lopes Baltazar é o seguinte:

“não tem o juiz poderes discricionários para analisar se instaura ou não a ação penal. Os órgãos incumbidos da persecução penal devem promover os atos até o final da decisão. Por isso, a autoridade policial deve instaurar o inquérito policial: O Promotor de Justiça deve oferecer a denúncia; o juiz deve presidir a instrução do processo e decidir” (BALTAZAR, 2003, p.110)

Todavia, insta lembrar que tal discussão é absolutamente irrelevante para evitar a aplicação da prescrição penal antecipada. É bem verdade que com o advento da lei 12.234/2010 que revogou o §2º do art. 110 a possibilidade da prescrição retroativa como termo inicial a data do fato está totalmente fulminada. Entretanto, entendemos que nada obsta, por exemplo, que a prescrição penal antecipada seja reconhecida no ceio da ação penal, depois dela ser devidamente intentada pelo Ministério Público. Afinal, a prescrição penal retroativa, atualmente, só poderá ser reconhecida tendo como termo inicial o recebimento da denúncia, já no curso do processo e, sendo a prescrição penal antecipada uma antecipação da prescrição penal retroativa, aquela deverá seguir os mesmos parâmetros desta.

Na verdade o que se terá, de forma incidental ao processo, é a perda de uma das condições da ação, devendo este ser extinto pela falta de interesse de agir do Estado.

### **3.3.3 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Autores como Antônio Lopes Baltazar entende que a aplicação da prescrição penal antecipada constituiria em violação ao princípio fundamental do devido processo legal, consagrado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal que diz “ninguém será privado da

liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O mesmo autor ensina que:

“a condenação não pode ser aceita pela parte: urge desenvolver o processo em todas as etapas. Só a sentença gera o status de condenado, por isso, como afirma José Carlos Marrone, 'há evidente obstáculo constitucional para se reconhecer a prescrição antecipada, que toma como referência, dado aleatório, ou seja, suposta data de trânsito em julgado de sentença condenatória ou de hipotética condenação.’” (BALTAZAR, 2003, p.110)

No mesmo sentido, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“a prescrição antecipada toma como referência dado aleatório, ou seja, suposta data de trânsito em julgado da sentença condenatória, ou de hipotética condenação. Há evidente obstáculo constitucional. A condenação não pode ser aceita pela parte. Urge desenvolver o processo em todas as etapas. Só a sentença gera o status de condenado. Impor-se-iam, ademais todas as consequências, de que são exemplos configuração de antecedente penal e título executório no cível. Insta-se, inadmissíveis em nosso quadro constitucional. A condenação reclama o devido processo legal.” (6ª Turma – RHC 2.926-9 – Ministro Vicente Cernicchiaro – Acórdão de 17.08.1993 – DJU de 28.02.1994, p.2.916)

Diversas incoerências são trazidas por este entendimento, vejamos:

Inicialmente insta destacar que a prescrição penal antecipada se trata de prescrição penal que é observada e aplicada na data de publicação da sentença condenatória, antes mesmo de eventual condenação definitiva passar a produzir seus efeitos. Trata-se de verdadeira prescrição da pretensão punitiva, e como tal, é incapaz de gerar quaisquer efeitos penais contra o réu.

Assim como a prescrição penal em abstrato, retroativa ou superveniente, a prescrição penal antecipada, quando aplicada, inexistirão efeitos penais da condenação, será como se o processo nunca existisse. O acusado, se primário, continuará a ser primário e a extinção do processo por qualquer uma das prescrições da pretensão punitiva não poderão gerar reincidência nem maus antecedentes.

Portanto, caso o juiz extinga o processo pela prescrição penal antecipada não há no que se falar em violação do devido processo legal, afinal, o autor não será considerado culpado e nem condenado, o que se terá é apenas uma perspectiva de uma condenação ficta que será utilizada como base de cálculo para fins de prescrição. Com isso, inexistirá qualquer prejuízo ao acusado. (NUNES, 2002, p.11)

### 3.3.4 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

A prescrição antecipada não pode ser admitida, porque violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório, consagrados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que rege “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (JAWSNICKER, 2004, p.112)

Segundo Antônio Lopes Baltazar: “a prescrição antecipada não pode ser reconhecida porque depende de uma sentença condenatória e ninguém pode ser condenado sem a garantia do contraditório e da ampla defesa.” (BALTAZAR, 2003, p.109)

Segundo a corrente que defende a prescrição penal antecipada a incoerência dos ensinamentos de Antônio Lopes Baltazar seria as mesmas trazidas no tópico 3.8 que trata da prescrição antecipada frente ao princípio do devido processo legal. Nesse tipo de prescrição não há o que se falar em condenação, não se tem uma condenação e nenhum de seus efeitos. Trata-se de uma suposição ficta e não concreta, incapaz de gerar prejuízos ao acusado, mas ao contrário, irá dispensá-lo dos constrangimentos ilegais causados por um processo fadado ao insucesso. (NUNES, 2002)

### 3.3.5 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Existem operadores do direito que advogam no em sentido contrário à prescrição penal antecipada, pois esta estaria violando o princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, *verbis* “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (JAWSNICKER, 2004, p. 114)

O argumento já foi até mesmo utilizado por alguns tribunais de justiça, à título de exemplo transcrevo julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, *in verbis*:

“Em face dos dispositivos que regem o instituto da prescrição, não é possível reconhecer a ocorrência da prescrição retroativa, baseada na pena a ser hipoteticamente fixada, sem que haja uma sentença condenatória, sob pena

de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. A decretação antecipada, ainda que sob a justificativa da agilização da Justiça, pressupõe a existência de condenação e o réu tem direito a uma decisão de mérito na qual eventualmente poderá obter sua absolvição ou recorrer da sentença condenatória.” (2ª Câmara Criminal – RSE 26012-0 – Rel. Des. Plínio Cachuba – Acórdão de 01.04.1993 – RT 701/306)

Para Renee de Ó Souza, esse entendimento não merece guarida, uma vez que:

“a sentença que virtualmente se trabalha para reconhecer-se a prescrição antecipada é a condenatória, mas isso não implica dizer que houve seu real reconhecimento. Não há que se falar em condenação e posterior extinção da punibilidade. Ao contrário, não há que se falar nem mesmo em sentença, muito menos em sentença condenatória. A carência de ação, como dito no capítulo pertinente, impossibilita o ajuizamento de qualquer ação e a realização da persecução penal.” (SOUZA, 2003; JAWSNICKER, 2004, p.114)

Cláudia Ferreira Pacheco contesta esse argumento afirmando que:

“a antecipação de raciocínio feita pelo magistrado não perquire sobre a culpabilidade do suspeito ou acusado. Ao contrário, como bem salientou José Antônio Paganella Boschi 'não há cogitação em torno da culpabilidade'. Ao revés, o operador do direito limita-se a proceder a cálculo hipotético sobre a pena e a quantidade que poderia ser aplicada se houvesse a condenação”. (PACHECO, 2003; JAWSNICKER, 2004, p.115)

Embora possa existir condenação e posterior extinção da punibilidade, esta só acontecerá na prescrição da pretensão executória da pena e nunca da prescrição da pretensão punitiva, gênero este que se enquadra a prescrição antecipada. Portanto, inexistente violação ao princípio da presunção de inocência, uma vez que o juiz não adentrará no mérito de sua culpabilidade, mas sim fará uma previsão de sua culpa, caso ela viesse a existir.

### **3.3.6 PRESCRIÇÃO ANTECIPADA E A *MUTATIO LIBELLI***

Outra questão de ordem prática que se antepõe à prescrição penal antecipada é a *mutatio libelli*. Rogério Felipeto diz que “admitindo-se, por absurdo, que a prescrição antecipada pudesse verificar-se, não satisfaria ela a possibilidade de *mutatio libelli*, eis que inexistindo coisa julgada, a nova tipificação penal alteraria o prazo prescricional”. (FELIPETO; JAWSNICKER, 2004, p.123)

Acontece que, a qualquer momento, antes de formada a coisa julgada, pode surgir modificação no conteúdo probatório fático que enseje a necessidade de nova tipificação penal incidental (*mutatio libelli*). Portanto, no plano prático, como o magistrado poderia armar uma convicção sobre a eventual pena sendo que a apuração fática nem ao menos se completou? (FISCHER, 1994)

Ademais, a *mutatio libelli* está prevista no artigo 384, caput, do Código de Processo Penal, vejamos:

“Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento quando feito oralmente.”

Pode acontecer, por exemplo, que o acusado tenha sido denunciado por furto (artigo 155, do CP) cuja pena é de 1 a 4 anos e multa e durante a instrução probatória se apure que este teria atuado mediante violência ou grave ameaça o que configuraria o crime de roubo (artigo 157, CP) cuja pena, mais rigorosa, é de 4 a 10 anos, e multa.

Todavia, Renee de Ó Souza se contrapõe a este argumento pois, quando o reconhecimento da prescrição penal antecipada ocorre durante o processo (entende-se que esta seria a única hipótese permitida depois da lei 12.234/2010) a possibilidade de aplicação encontra amparo no Código de Processo Civil, em obediência ao que prevê o artigo 3º do Código de Processo Penal. Nesse caso, a ação será extinta sem resolução de mérito pela falta de interesse de agir e consequente carência da ação.

Afinal, a carência de ação enseja uma sentença penal que não resolverá a lide. Todavia, nada obsta que outra ação seja intentada, a qualquer tempo, caso sejam corrigidas os defeitos que ensejaram aquela extinção. Isso acontece porque estas decisões são desprovidas de coisa julgada material. (SOUZA, 2003).

Conclui-se, portanto, que nada impede que, verificados novos fatos ensejadores de um novo tipo penal, uma nova ação seja intentada. Afinal, aqui não há de se falar em *bis in idem*, uma vez que acusado não será julgado novamente por um mesmo fato, mas sim fatos novos que se aferiram posteriormente. Com efeito, embora as partes sejam as



mesmas, teremos uma nova causa de pedir e um novo pedido, afastando, por consequente, a coisa julgada. (DIDIER, 2012; GRECO, 2012)

### **3.4 A RELATIVIZAÇÃO DA SÚMULA 438 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Em recente decisão proferida no Embargos de Declaração no Inquérito 2.584/SP, o Supremo Tribunal Federal extinguiu a punibilidade do acusado antes da sentença penal condenatória reconhecendo, com isso, a prescrição penal antecipada, relativizando o disposto na súmula 438 do STJ.

Trata-se de denunciado que cometera o crime de estelionato previdenciário. No presente caso, excluído o período temporal que o processo ficou suspenso, já teriam se passado mais de 6 anos de tramitação após o recebimento da denúncia imputava ao acusado o crime de estelionato previdenciário, cuja pena máxima é de 5 anos (a prescrição em abstrato se operaria em 12 anos). O embargante sustenta a extinção da punibilidade do denunciado que, em 25/09/2009, durante o curso do processo, completou 70 anos de idade e, sendo o prazo prescricional reduzido obrigatoriamente pela metade consoante exposto no artigo 115 do Código Penal, pleiteou-se pela extinção da punibilidade do acusado pela prescrição penal antecipada “em cumprimento máximo do princípio da economia” processual.

Na peculiar ocasião, o Senhor Ministro Cezar Peluzo (Presidente) entendeu que, de fato, “prosseguir com o presente processo consistiria em praticar uma série de atos, material e absolutamente, inúteis e custosos para todos: custosos para o estado, custosos para o réu que sofre o constrangimento da pendência do processo”. Afinal, no caso *sub examine*, ainda que o acusado recebesse a pena máxima possível, ao reduzir o prazo pela metade se teria de maneira inequívoca o reconhecimento da prescrição retroativa, razão pela qual antecipou-se o reconhecimento, aplicando-se a prescrição penal antecipada, que ocorre antes da sentença penal condenatória. É de fato “um processo que não vai levar a coisa alguma, porque, fixada a pena, vai ter de ser reconhecida a prescrição, necessariamente” (PELUZO, 2012)

A Ministra Cármen Lúcia complementa ainda que “para o réu. Há uma ação

penal que não vai dar em nada, mas sobre ele vai ficar isso”. O que fortalece o fundamento que o não reconhecimento da prescrição penal antecipada só geraria um desnecessário constrangimento ilegal ao acusado (vide tópico 3.3).

Dada a peculiar situação do processo, o próprio Ministério Público realizou um parecer requerendo o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. Com isso, diante do caso concreto, levaram à tona a possibilidade de se rever a postura da corte em relação a este tipo de prescrição, uma vez que com o parecer proferido pelo Ministério Público, favorável ao reconhecimento da prescrição antecipada, ficou subentendido que este já não haveria mais a intenção de realizar eventual aditamento à denúncia, hipótese em que poderia haver uma mudança no prazo prescricional.

Foi levantado ainda no plenário que já existia, antes de 2012, um precedente que excepcionava o entendimento quanto reconhecimento da prescrição penal antecipada, trata-se de Questão de Ordem na Ação Penal 379, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, analisado pelo próprio plenário do Supremo Tribunal Federal em 3 de maio de 2006, a seguir a regra quanto ao reconhecimento antecipado da prescrição e em seguida a exceção trazida pela questão de ordem supracitada:

Regra:

“AÇÃO PENAL. Extinção da punibilidade. Prescrição da pretensão punitiva “em perspectiva, projetada ou antecipada”. Ausência de previsão legal. Inadmissibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É inadmissível a extinção da punibilidade em virtude de prescrição da pretensão punitiva com base em previsão da pena que hipoteticamente seria aplicada, independentemente da existência ou sorte do processo criminal.”<sup>22</sup>

Exceção trazida pela Questão de Ordem na Ação penal 379:

“Prescrição retroativa: possibilidade do seu reconhecimento antes da prolação da sentença, quando, como no caso, impossível a majoração da pena, pois se está considerando a pena máxima cominada em abstrato ao fato descrito na denúncia. II. Situação diversa do reconhecimento da tese já repelida pelo Tribunal da prescrição antecipada da pena em perspectiva, que, quando da condenação, poderá ser maior do que se conjecturava: precedentes. III. Crime continuado de omissão de recolhimento de contribuição previdenciária: declaração da extinção da punibilidade do fato

---

22 Recurso Extraordinário 602.527, da relatoria do ministro Cezar Peluso, analisada pelo Plenário do STF.

objeto da denúncia pela prescrição da pretensão punitiva, considerada a pena máxima cominada, com a redução decorrente de já ter o acusado, hoje, mais de setenta anos, tendo em vista que transcorridos mais de 6 anos entre a data em que cessou a continuidade criminosa (setembro de 1995) e o recebimento da denúncia (5 de agosto de 2004) (C. Penal, arts. 107, IV; 109, III; 110; e 115; L. 8.212/91, art. 95, § 1º).”

Por fim, dada a sorte do processo nos Embargos de Declaração no Inquérito 2.584/SP, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que:

“Certo, o repúdio do Supremo Tribunal Federal à chamada prescrição em perspectiva está embasada, entre outras coisas, na possibilidade de aditamento à denúncia e na descoberta de novos fatos capazes de alterar a capitulação jurídica da conduta ou os vetores de aplicação da pena. Sucede que, no caso, em nenhum momento o órgão acusatório sinalizou para tais possibilidades. Ao contrário! A própria Procuradoria-Geral da República opinou pelo reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.”

Por consequente, embora tenha ocorrido a rejeição dos embargos que trouxe a discussão em tela, o pleno optou pela extinção, de plano, da punibilidade do denunciado pela prescrição penal antecipada ou em perspectiva, vejamos:

“Esse o quadro, rejeito os embargos de declaração, mas voto pela extinção da punibilidade de Edmar Batista Moreira e pela baixa dos autos à Justiça Federal de São Paulo para prosseguimento da ação penal, em relação à segunda denunciada.”

Ao final da decisão o Ministro Cezar Peluso comenta “É muito interessante este julgamento. Tenho a impressão de que é o primeiro julgamento em que reconhecemos a prescrição em perspectiva, mesmo em perspectiva da pena máxima cominada ao crime.”

Com isso, pode-se perceber que, uma vez não estando expressa a impossibilidade de aplicação, de maneira antecipada, da prescrição retroativa não há nada que obste sua incidência se não a própria jurisprudência.

Tendo-se a jurisprudência como único obstáculo que inibe o reconhecimento da prescrição antecipada, concreta é a possibilidade de ela vir a ser aplicada em outras ocasiões que não estas vistas anteriormente. Afinal, a jurisprudência é formada a partir de entendimentos de seres humanos, cujas experiências e aprendizados estão em constante mutação, por consequente, não raro vemos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais serem alterados diante das imensuráveis necessidades e situações que surgem no universo do Direito. Por isso é que se vislumbra, em um futuro não tão distante, a aplicação mais

frequente dessa espécie de prescrição que aparenta ser um verdadeiro instrumento de combate ao inchaço do poder judiciário e uma forte aliada à eficiência jurisdicional.

## CONCLUSÃO

A hipótese inicial do projeto de pesquisa ora apresentado era que a prescrição penal antecipada poderia ser reconhecida de forma antecedente e durante o processo penal.

Ao fim da pesquisa, analisando-se os fundamentos favoráveis e contrários trazidos pela doutrina e jurisprudência e as atuais modificações legislativas a respeito da prescrição penal, concluiu-se que a nossa hipótese estava parcialmente correta. Com a devida vênia ao entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário que entende pela não possibilidade de aplicação da prescrição penal antecipada, temos que, pelos seus fundamentos, esta deveria ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro.

Fato determinante para a alteração da hipótese inicial foi o advento da lei 12.234/2010 que alterou o artigo que trata da prescrição retroativa (art. 110, §1º e §2º, do CP). Com ela, a prescrição antecipada, tratando-se da antecipação da prescrição retroativa pela projeção da pena futura, também sofreu restrição quanto suas hipóteses de incidência. A prescrição antecipada que antes era aceita até mesmo antes do recebimento da denúncia ou da queixa, agora só poderia ser utilizada depois do recebimento da denúncia ou queixa já no curso do processo. Agora, sua incidência teria como lapso temporal o recebimento da denúncia ou da queixa até a sentença penal condenatória transitada em julgado para a acusação no que diz respeito à pena aplicada.

Então, se a prescrição penal em perspectiva fosse aceita no ordenamento jurídico, só poderia ter sua incidência na fase judicial, no curso do processo, uma vez que o legislador, de forma expressa, inibiu a retroação até a data do fato no §1º do artigo 110 do Código Penal.

Quanto aos fundamentos legitimadores temos que, diante do cenário jurídico atual consistente na morosidade da prestação jurisdicional e abarrotamento do judiciário, alternativas razoáveis devem ser criadas a fim de gerar maior eficiência ao serviço

estatal.

Além dos fundamentos fáticos que legitimam a aplicação da prescrição ora estudada, tem-se também fundamentos jurídicos que podem ser apresentados. É inegável, por exemplo, que para se intentar uma ação, direito subjetivo de se exigir do Estado uma prestação jurisdicional a fim de fazer valer sua pretensão em detrimento de outrem, depende da coexistência de a) legitimidade de parte, b) interesse de agir e c) possibilidade jurídica do pedido. Sendo que, na ausência de qualquer uma delas, a consequência será o impedimento da prestação jurisdicional por carência da ação, por faltar uma de suas condições.

A prescrição penal antecipada nada mais é que, em última análise, uma hipótese de carência de ação pela falta do interesse de agir. Em razão disso, muitos doutrinadores não a tratam como nova causa de extinção de punibilidade.

A falta de interesse de agir resta caracterizada uma vez que o processo na iminência de sua extinção sem qualquer consequência jurídica é totalmente inútil, desnecessário e inadequado à solução do litígio. O Estado-juiz não pode ser movimentado de maneira indiscriminada, este, quando provocado, deverá dar à parte que intentou a ação uma prestação jurisdicional adequada, necessária e útil à solução do litígio e à satisfação da pretensão eventualmente resistida.

Insta lembrar que nada obsta que a falta de interesse de agir seja configurada no curso do processo, devendo o Juiz aplicá-la até mesmo de ofício e, uma vez reconhecida de forma incidental, deverá o juiz desfazer a relação processual.

A instauração de um processo inútil constitui ainda um verdadeiro constrangimento ilegal ao acusado à frente do disposto do artigo 648, inciso I, do Código de Processo Penal, que considera ilegal a coação, “quando não houver justa causa”. Afinal, qualquer pessoa que fica submetida ao poder estatal, cuja consequência lógica será a de inevitável absolvição atenta contra o princípio da dignidade humana, considerado um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF). Afronta ainda, por consequente, o Estado Democrático de Direito adotado por nossa Constituição Federal.

Além de evitar que o acusado seja constrangido de maneira ilegal, o instituto da prescrição antecipada também impede o gasto excessivo de tempo e recursos em

processos sabidamente fadados ao insucesso, o que abriria espaço para que o Ministério Público e o Judiciário realize suas atribuições, que não são poucas, de maneira mais célere e eficiente realizando uma “produção socialmente útil”.

É inegável que se filtrássemos os processos inúteis que incham excessivamente o judiciário seria mais bem atendido o princípio da moralidade e eficiência administrativa, uma vez que ao impedir os gastos inúteis de recursos e otimizando o tempo dos servidores teríamos uma melhor e mais célere prestação jurisdicional à população.

Em uma visão criminológica poderíamos dizer que tal otimização traria mais credibilidade à justiça brasileira, dando maior efetividade à prevenção geral negativa de crimes que consiste, segundo Feuerbach, na criação no ânimo do agente de uma espécie de “*coação psicológica*” que o desestimula a delinquir. (MASSON, 2009)

Por fim, vale lembrar que para uma ação ser proposta e prossiga até se obter uma sentença de mérito é necessário que suas condições estejam presentes em todo esse percurso. É cediço que a ação é o instrumento que provoca o judiciário para que este preste uma tutela jurisdicional por meio do processo. Todavia, este processo deve existir para se atingir determinado fim, busca-se, com a propositura da ação, um provimento jurisdicional que seja útil do mundo concreto, caracterizando uma das condições da ação que é o interesse de agir. Afastado esse fim, a tutela jurisdicional perde seu sentido de ser. Com isso, questiona-se – Qual utilidade teria uma sentença penal condenatória, cuja pena quando nela imposta configurará a extinção da punibilidade do agente pela prescrição penal retroativa? Pode-se perceber, diante o exposto, que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa está de acordo com o princípio da instrumentalidade do processo.

Quanto aos argumentos contrários à prescrição penal antecipada, embora sejam fortes, não se mostraram suficientes para afastar por completo a possibilidade de aplicação do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Dito isso, ao sopesar os argumentos favoráveis e contrários, concluímos pela possibilidade, ainda que mitigada, da aplicação do instituto no Direito Penal.

Um dos argumentos que demonstrou maior concretude, sem dúvida, foi a suposta ofensa ao princípio da legalidade. Entretanto, tal princípio é rebatido com a invocação

do artigo 395, inciso II do Código de Processo Penal que, inobstante seja um artigo que trata de um filtro de momento anterior ao recebimento da denúncia, é cediço que a carência da ação pela perda do interesse de agir pode ser reconhecida a qualquer tempo, inclusive no curso do processo, uma vez que ela pode aparecer de maneira incidental.

Levando em consideração o método de aplicação dos princípios de Alexy, o argumento de que a prescrição antecipada violaria o princípio da legalidade também poderia ser rebatido com a invocação de outros princípios constitucionais que, diante do caso concreto, seria mais conveniente sua aplicação em detrimento do princípio da legalidade como é o caso, especialmente, do princípio da razoabilidade e razoável duração do processo. Afinal, em um processo fadado ao insucesso pelo iminente reconhecimento da prescrição retroativa não atende os requisitos dos princípios em questão. Não existirá, no caso concreto, a relação de proporcionalidade entre os motivos, meios e fins que justificariam o andamento do processo, uma vez este configurará uma excessiva onerosidade ao acusado em troca de finalidade alguma.

É importante reiterar, ainda, que não é raro vermos, a fim de se fazer valer o princípio da razoabilidade ou, ainda, por mera política criminal, decisões contrárias à norma legal ou decisões ditas *contra legem*. Como já demonstrado, tais decisões, embora contrárias ao direito se mostrem justificáveis na medida em que se busca evitar injustiças geradas por decisões que, embora legais e condizentes com a norma, se mostram no plano fático, ilógicas ou desarrazoadas. Afinal, somente Direito positivado não é capaz de antever e ordenamentar todas as situações possíveis do cotidiano.

Ainda nesse raciocínio, não se pode olvidar que a própria prescrição penal retroativa, hoje tipificada no artigo 110 do Código Penal, foi uma criação jurisprudencial e, antes de introduzida no ordenamento jurídico, era constantemente aplicada sem qualquer previsão legal, e nem por isso invocaram o princípio da legalidade para inibir sua aplicação.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal não tem mais o condão de impedir a aplicação da prescrição antecipada, talvez tivesse antes do advento da lei 12.234/2010. Antes da reforma legislativa que restringiu a aplicação da prescrição penal retroativa. De fato, não há como se defender o reconhecimento de maneira antecipada da prescrição retroativa antes do início do processo, isso porque houve a revogação do §2º do



artigo 110 e modificação do §1º do mesmo artigo, que proíbe o reconhecimento da prescrição retroativa tendo como termo inicial a data do fato.

Por isso, ainda que viéssemos a reconhecer a prescrição penal antecipada, esta deverá ser reconhecida, obrigatoriamente, no curso do processo, se houver motivos para tanto.

Os argumentos de ofensa à ampla defesa e ao contraditório também não merecem guarida a fim de obstar a aplicação da prescrição antecipada. O objetivo de tais princípios é evitar que o réu seja condenado sem que haja o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa. No entanto, o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa não pressupõe a concreta condenação penal. O que se tem, na verdade, é apenas uma previsão de eventual pena que seria aplicada em caso de eventual condenação. Trata-se de uma projeção de provável pena que é posta em perspectiva, e por isso que a prescrição penal antecipada também é chamada de virtual ou em perspectiva.

Os mesmos argumentos trazidos para combater os princípios supracitados podem ser utilizados para o argumento de que a prescrição penal antecipada afrontaria o princípio da presunção de inocência.

Quanto ao argumento relativo à eventual mudança, incidental, da tipificação penal pelo qual o acusado foi denunciado (*mutatio libelli*), tem-se que o reconhecimento da prescrição penal antecipada não obsta em nada que tal retificação seja realizada.

Afinal, caso eventualmente se configurasse a extinção da punibilidade de um agente que foi denunciado por furto pela aplicação antecipada da prescrição. Nada impediria que o Ministério Público denunciasse posteriormente o agente por roubo, caso viesse a recolher novos elementos probatórios que atestassem que houve a aplicação de violência ou grave ameaça.

Isso acontece, pois o *bis in idem* só ocorrerá quando o agente é acusado duas vezes pelo mesmo fato. Ou seja, na superveniência de elementos probatórios que atestem que novos fatos ocorreram, distintos daqueles pelo qual o acusado foi denunciado, não há nada que impeça um novo oferecimento da denúncia. Utiliza-se, aqui, o mesmo raciocínio de quando o acusado é absolvido por insuficiência de provas.

Nesse caso, não há se de falar também em litispendência, por razões óbvias, recolhidos novos elementos probatórios quanto aos fatos, capazes de configurar novo tipo penal, ter-se-á uma nova causa de pedir e novo pedido, ou seja, haverá modificação nos elementos da ação.

Deixando de lado todos os fundamentos apresentados até então, é bem verdade que principal causa que legitima trazer novamente à tona a discussão acerca dessa espécie de prescrição é o total despreparo dos órgãos da persecução penal. Com efeito, tal despreparo de nada tem haver com a boa vontade ou qualificação das pessoas que fazem parte desses órgãos, pois todos sabemos a atual dificuldade que se tem de se ingressar no serviço público. O que se tem, na verdade, é um total despreparo no que diz respeito ao aparelhamento e efetivo de pessoal na Administração Pública. Se a Polícia Judiciária, o Ministério Público e o Poder Judiciário estivessem melhores aparelhados, os processos teriam um trâmite mais célere e mais aptos à atingir a eficiência, sem riscos, portanto, de se tornarem inúteis e passíveis de serem atingidos pelo instituto da prescrição, qualquer que seja sua espécie.

Entretanto, a realidade em que vivemos atualmente é a de inchaço e morosidade dos órgãos responsáveis pela persecução penal. Ocorre que estes órgãos não dispõem de recursos materiais e humanos suficientes para uma eficiente prestação jurisdicional. Diante da situação atual não se pode simplesmente ignorar o fato de que o instituto da prescrição penal antecipada mostra-se um atraente mecanismo a ser utilizado para amenizar tais problemas supracitados.

Quanto ao atual entendimento jurisprudencial acerca da prescrição antecipada é de grande importância a recente decisão do Supremo Tribunal Federal aceitando, ainda que de maneira excepcional, esta espécie de prescrição, mostrando que ainda há espaço para a possível revitalização da discussão acerca do instituto. Com esta decisão, pode-se dizer que estamos caminhando, a passos curtos, para novas hipóteses incidência do instituto diante da infinidade de casos concretos possíveis a serem analisados.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38.

ANTOLISEI, Di Francesco. Manuale di diritto penale. Parte generale, 1960, p.531.

BALTAZAR, Antonio Lopes. Prescrição Penal. Bauru/SP: EDIPRO, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal – Parte Geral 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Malheiros, 1994.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAPEZ, Fernando, Curso de Direito Penal, São Paulo – SP, Ed. Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando, Curso de Processo Penal – 19º Edição. São Paulo – SP, Ed. Saraiva, 2012.

DELMANTO, Celso e outros. Código Penal Comentado. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DOTTI, René Ariel. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001

FAYET JÚNIOR, Ney; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. Prescrição Penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.164.

FELIPETO, Rogério. Prescrição antecipada. Boletim ICCRIM. São Paulo: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais n. 25, de jan./1995, p.06.

GONÇALVES, Vitor Rios; e ESTEFAM, André. Direito Penal Esquematizado. Parte Geral. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro. Ed. Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

JAWSNICKER, Francisco Afonso. Prescrição Penal Antecipada, Curitiba: Juruá, 2004.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no Processo Penal e o Ministério Público. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 03, jul./set./1993, p.129-150.

LOZANO, JR., José Julio. Prescrição Penal. São Paulo: Saraiva, 2002.

MACEDO, Igor Teles Fonseca de. Prescrição virtual. Salvador: JusPODIVM, 2007.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Perspectivas sobre la protección penal del software. In: El cibercrimen: nuevos retos jurídicos-penales, nuevas respuestas político-criminales*. Granada, 2006.

NUCCI, Guilherme. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUCCI, Guilherme Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 6ª edição, São paulo – SP: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Ricardo Pieri. Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. Boletim IBCCRIM. São Paulo: Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 119, out./2002. p.09-11.

ROMÃO, César Eduardo Lavoura – Prescrição Virtual: Uma Realidade no Direito Penal Brasileiro. Mestrado PUC-SP. São Paulo, 2009.

SANCHES, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral. Rio de Janeiro. Ed. Saraiva, 2012

SERPA, Juliano – A Prescrição Penal Antecipada Como Causa de Extinção da Punibilidade do Direito Penal Brasileiro. Revista ESMESC, v.15 n. 21, 2008.

SOUZA, Renee de Ó. Prescrição virtual ou antecipada: a inteligência e a flexibilização de vários institutos do direito material e processual possibilitam a sua total aceitação e contemplação. Disponível na internet: <http://faroljuridico.com.br>, acesso em 14.02.2003.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal, 7ª edição, Salvador – BA: Ed. JusPODIVM, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.